

CRISTINA SAYURI YAMADA

**O ESTADO PROVIDÊNCIA E O DIREITO: UMA PERSPECTIVA
HISTÓRICA DO SURGIMENTO E DA CRISE DO DIREITO DO
CONSUMIDOR**

Monografia Final de Conclusão de Curso,
apresentada no Curso de Graduação em
Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal do Paraná, no Quinto
ano Diurno, como requisito parcial para a
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ricardo Marcelo Fonseca

Curitiba
2001

TERMO DE APROVAÇÃO

CRISTINA SAYURI YAMADA

O ESTADO PROVIDÊNCIA E O DIREITO: UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA DO SURGIMENTO E DA CRISE DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, no Curso de Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. RICARDO MARCELO FONSECA
Setor de Ciências Jurídicas da UFPR

Prof. CELSO LUIZ LUDWIG
Setor de Ciências Jurídicas da UFPR

Prof. CÉSAR ANTONIO SERBENA
Setor de Ciências Jurídicas da UFPR

Curitiba, 20 de setembro de 2001

SUMÁRIO

Resumo	iv
Introdução	01
Capítulo I - Estado Providência: características históricas	05
Seção I - Antecedente histórico: o Estado liberal	05
Seção II - Do Estado protetor ao Estado Providência	10
Seção III - Estado Providência e as crises sociais na passagem para o século XX	13
Seção IV - Estado Providência: características fundamentais	16
Capítulo II - A face jurídica do Estado Providência	22
Seção I - Do Estado liberal ao Estado Providência: novas demandas jurídicas	22
Seção II - As diversas dimensões dos direitos fundamentais	29
Seção III - Os direitos difusos e coletivos	33
Seção IV - Rumo à defesa do consumidor	35
Capítulo III - A crise do Estado Providência e o direito do consumidor	41
Seção I - A crise do Estado Providência	41
Seção II - Reflexos da crise estatal na esfera jurídica	50
Seção III - Crise do Estado Providência e tutela do direito do consumidor.....	56
Considerações finais	62
Referências bibliográficas	66

RESUMO

A presente monografia teve como objetivo explicitar o surgimento do direito do consumidor a partir de uma perspectiva histórica, enfatizando o estudo das características do Estado Providência que produziram reflexos no âmbito jurídico, proporcionando assim o desenvolvimento de novas juridicidades (entre elas a defesa do consumidor). Assim, desenvolveu-se um estudo genérico acerca do contexto histórico que propiciou a consagração e a positivação do direito do consumidor, ou seja, foi feita uma análise do contexto social, econômico e político das transformações operadas pelo surgimento do Estado Providência. Mais especificamente, pôde-se avaliar as alterações sofridas na instância jurídica com o desenvolvimento do Estado Providência, identificando-se, assim, as novas demandas jurídicas surgidas neste período histórico. Uma das maiores conquistas obtidas pelo homem neste período refere-se à consagração dos direitos fundamentais de terceira dimensão, denominados também de direitos difusos ou coletivos. E é exatamente neste rol de novas juridicidades surgidas com o Estado Providência que se pode caracterizar o direito do consumidor, como direito humano de terceira dimensão. Por fim, identificou-se o contexto atual de crise por que passa o Estado Providência, analisando-se também os reflexos desta crise na esfera jurídica. Deve-se ressaltar que, pelo fato deste processo de transformação social ainda estar em curso, nenhuma análise feita poderá ter caráter definitivo. Finalmente, foi feita uma reflexão, expondo-se mais dúvidas que certezas, acerca do papel e da efetiva realização do direito do consumidor face à crise por que passa o modelo de Estado que primeiramente o concebeu.

INTRODUÇÃO

A presente monografia final de conclusão de curso possui como função principal a análise de uma perspectiva histórica do surgimento do direito do consumidor, a partir da explicitação dos fenômenos sociais, políticos, econômicos e culturais (e seus reflexos no âmbito jurídico) que propiciaram sua consagração e positivação, sem deixar de considerar o contexto atual, o qual aponta para um momento de crise do modelo estatal que primeiro reconheceu o direito do consumidor, denominado de Estado Providência.

O grande objetivo deste trabalho monográfico é propiciar uma reflexão acerca do sentido histórico deste direito frente às mudanças sociais, uma vez que a sociedade que primeiramente reconheceu o direito do consumidor como fundamental já não é mais a mesma e o Estado que o legitima já não possui os mesmos objetivos. Nos dias de hoje, vive-se em um período de transição global, de incógnitas e de desconhecimento em relação ao futuro. Portanto, a grande questão é tentar se compreender o contexto histórico em que teve origem o direito do consumidor, para se analisar criticamente se este terá a possibilidade de ser protegido e efetivado, mesmo com a transformação do modelo de organização estatal que o fundou.

Doutrinariamente, o direito do consumidor é classificado como um direito fundamental de terceira dimensão, protetor de um interesse coletivo, difuso por toda a sociedade. É um dos chamados direitos de solidariedade. Foi com o surgimento e o desenvolvimento do denominado Estado Providência, na passagem do século XIX para o XX, que estes direitos de terceira dimensão (e, particularmente, o direito do consumidor) começaram a ser reconhecidos por ordenamentos jurídicos de todo o mundo.

Um dos princípios basilares do Estado Providência é o princípio da solidariedade, havendo forte intervencionismo estatal na sociedade e uma postura

positiva na atuação do Estado, sempre em defesa do bem-estar social. São criadas políticas estatais de seguridade social, serviços públicos, etc., superando-se, assim, os ideais regentes anteriormente, no período do Estado liberal, quando o Estado mantinha uma postura negativa de atuação, quase não intervindo no âmbito das relações sociais, regidas pelo princípio do mercado.

Com o Estado Providência, houve grande impacto no modo de regulação social do direito. Há uma juridicização da prática social, com o desenvolvimento de novos domínios do direito, sendo que conjugam-se elementos de direito público e privado. As Constituições dos mais diversos países tornam-se terrenos de intermediação e negociação de interesses e valores sociais conflitantes. Novas juridicidades, como os direitos coletivos e difusos (direitos fundamentais de terceira dimensão), são reconhecidas.

O direito do consumidor, como diversos outros direitos fundamentais de terceira dimensão, já se encontra positivado na maioria dos ordenamentos jurídicos. Entretanto, este reconhecimento não garante sua efetiva realização no seio social. A sociedade se encontra apenas no início do processo de efetivação deste direito, o qual vai proporcionar sua incorporação como regulador máximo das relações de consumo, as quais são essenciais para a sobrevivência da atual sociedade capitalista de mercado, sempre tendo como princípio norteador a proteção do consumidor, parte hipossuficiente desta relação.

Atualmente, há uma crise multifacetada do Estado Providência, a qual não se resume a problemas econômicos e financeiros, tendo fundo político, social e cultural. Esta crise, que, na verdade, representa um processo ainda em vigor de transformação do regime de acumulação capitalista, gera reflexos na esfera jurídica, uma vez que o direito é um dos principais instrumentos utilizados pelo Estado para a dominação e a regulação social. Desse modo, é importante se questionar acerca da possibilidade de real efetivação do direito do consumidor, face às transformações sociais que vêm acontecendo, como a volta do liberalismo, a globalização econômica, a desterritorialização da produção, etc.

Por fim, é necessário se fazer uma observação metodológica sobre a abrangência desta pesquisa. Qualquer tema pode ser analisado pelas mais diferentes perspectivas. O grande trabalho do pesquisador é escolher que tipo de estudo pretende desenvolver, que enfoque ou conotação deseja dar ao tema, que ponto de vista vai ser enfatizado na pesquisa. Na monografia em questão, pretende-se fazer uma análise do direito do consumidor por sua perspectiva histórica, essencial para o desenvolvimento do grau de aprofundamento teórico do estudo e da capacidade de interpretação crítica do direito. A análise histórica, além de dar origem a uma pesquisa calcada na multidisciplinariedade, deve ser capaz de proporcionar uma visão sistemática, ampla, aberta e livre de idéias pré - concebidas acerca do tema trabalhado.

Ao se analisar a perspectiva histórica de determinado tema, deve-se ter extremo cuidado com a maneira de se olhar para o passado, com o enfoque a ser dado aos fatos e com a interpretação feita sobre os acontecimentos. Quando um fato acontece no mundo empírico, logo uma imagem dele é criada na sociedade. A historiografia posterior tende apenas a confirmar esta imagem, que acaba se tornando uma aquisição do senso comum. No entanto, é importante se levar em consideração que nem sempre as idéias e interpretações correntes sobre determinado fato coincidem, de todo, com os dados empíricos. É importante cuidar para não se utilizar, na descrição do passado, os conceitos e o ponto de vista dominantes no presente.

Também é importante se considerar, em uma pesquisa de cunho histórico, que as alterações ocorridas na generalidade dos fenômenos sociais, incluindo os movimentos de idéias, operam-se, via de regra, através de lentos e seculares processos de transformação, cujas fases não se instalam simultaneamente em todos os povos. A sociedade está em constante mutação, mas sem haver simultaneidade em todos os Estados (ex.: as características dos países centrais, mais industrializados são diferentes das dos países periféricos da economia mundial). Além disso, é fundamental se perceber que os diversos períodos de transformação/evolução de determinada instituição não geram, necessariamente, um rompimento completo e total com as estruturas anteriores. Assim, não se pode ter uma visão estanque, restrita e fechada sobre os acontecimentos, em sua perspectiva histórica.

Neste sentido, as palavras de HESPANHA sobre a história do Estado Moderno (onde a presente monografia se situa) nunca podem ser esquecidas:

“Na verdade, talvez não haja história mais difícil de fazer do que a História da Época Moderna. Não é que existam ‘fontes a menos’, como acontece, frequentemente, na História Antiga ou na História Medieval. Por outras palavras, o problema dos historiadores que se dedicam a este período não é o de se saber pouco sobre ele. É antes o de, aparentemente, se ‘saber demais’. (...) O comum das pessoas tem imensas idéias feitas sobre uma série de coisas que se passaram na Época Moderna, (...). A história que se fez desde há séculos – por vezes quase desde o momento em que os factos se passaram - fixou no senso comum uma série de imagens, que hoje estão tão enraizadas que custa muito removê-las ou mesmo apenas revê-las.”¹

¹ HESPANHA, António Manuel. **O debate acerca do “Estado Moderno”**, p. 05.

Capítulo I - ESTADO PROVIDÊNCIA: CARACTERÍSTICAS HISTÓRICAS

O século XX nasce como uma reação ao formalismo jurídico e à teoria política liberal. A idéia segundo a qual a única função do Estado era impedir que os indivíduos provocassem danos uns aos outros vai perdendo forças, consolidando-se, aos poucos, um Estado cada vez mais promocional e provedor das necessidades básicas da população.

Na expressão doutrinária de VITAL MOREIRA²:

"Foi a constatação de que a representação liberal da sociedade - que postulava a auto-suficiência desta e a sua capacidade para propiciar a todos os seus membros, em liberdade e igualdade, as melhores condições de vida e, conseqüentemente, atirava o Estado para fora dela, para uma mera função de guarda - deixou de encontrar expressão na realidade que provocou uma representação dela, na qual ao Estado e ao direito são atribuídas novas funções, no plano econômico e no plano social."

Seção I - Antecedente histórico: o Estado liberal

Inicialmente, é fundamental se destacar a opinião acertada de HESPANHA acerca da indissolúvel correlação entre as noções de Estado moderno, sociedade e poder, quando enuncia que:

"O facto de se colocar a questão da existência ou não de um 'Estado moderno' ou da cronologia da sua instituição está ligado a um certo contexto da reflexão sobre a sociedade e o poder. E só neste contexto faz sentido."³

² MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*, p. 92.

³ HESPANHA, A. M. Op. cit., p. 01.

Quando o Estado Moderno surge, como forma de organização de poder prevalente na sociedade europeia ocidental, este se constitui como um Estado liberal, caracterizando-se pela racionalidade, generalidade e abstração. Possui uma forma racional de organizar (através da burocracia, da racionalização territorial e da seleção "meritocrática"), um modo abstrato e geral de regular (o direito "igual") e um modelo também impessoal de participação política (a democracia representativa).

Desse modo, conclui HESPANHA⁴ que a palavra "Estado" não representa um termo vazio de sentidos, pois nela está implícita uma pesada carga semântica, da qual fazem parte algumas idéias regentes, parcialmente sobreponíveis entre si, como: foi o Estado a entidade responsável pela separação entre o público e o privado, a autoridade e a propriedade, a política e a economia; foi também o Estado que promoveu a concentração de poderes em um só pólo e que, por isso, eliminou o pluralismo político típico do Antigo Regime; por fim, o Estado foi a entidade que instituiu um modelo racional de governo, funcionando segundo normas gerais e abstratas.

Ao contrário do que acontece nos dias atuais, o poder político estava muito repartido nas sociedades típicas do Antigo Regime. Com o poder da Coroa, coexistia o poder da Igreja Católica, dos conselhos ou comunas, dos senhores, de instituições como as universidades e as corporações de artífices, das famílias. Assim, a imagem de centralização do Antigo Regime não é correta.⁵ O poder real era limitado, sendo que os limites do governo provinham mais de um controle difuso e cotidiano do que da reunião regular das cortes.

O Estado liberal, enquanto guardião das liberdades individuais, manifestou-se com forte predominância em alguns países europeus a partir da Revolução Francesa, tendo os seus princípios filosóficos sido formulados pela classe burguesa ascendente, a qual os generalizou doutrinariamente como ideais comuns a todos os componentes do corpo social⁶. Na verdade, a Revolução Francesa, por ser essencialmente uma

⁴ Ibid., p. 02.

⁵ Ibid., p. 10.

⁶ MARILENA CHAUI, na página 21 de seu livro **O que é ideologia?** explicita, com muita propriedade, este fenômeno, denominado de ideologia: "Além de procurar fixar seu modo de sociabilidade através de instituições determinadas, os homens produzem idéias ou representações pelas quais procuram explicar e compreender sua própria vida individual, social, suas relações com a

revolução burguesa, levou à consolidação de uma ordem social onde o grande ideal era a prevalência total do liberalismo, inclusive nos textos constitucionais.

Uma vez que obtém o controle político da sociedade, a burguesia já não tem mais interesse em manter a universalidade prática desses princípios filosóficos inicialmente proclamados, sustentando-os apenas de modo formal. Assim, percebe-se que a classe burguesa fez da doutrina de uma classe (a sua) a doutrina de todas as classes sociais. Era a burguesia quem participava essencialmente na formação da vontade no Estado liberal, sempre agindo e decidindo em nome do povo, em um discurso que ocultava os reais interesses da classe dominante. Como a burguesia necessitava de liberdade em suas relações políticas e econômicas, formou-se uma concepção negativa do papel do Estado, neutralizado para todo e qualquer ato de intervenção que pudesse embaraçar a livre iniciativa material e espiritual do indivíduo. Segundo ROSANVALLON⁷, o liberalismo surge, no século XVIII, como uma doutrina de combate, denunciando todos os atentados à liberdade econômica como fatores de desperdício e injustiça e preocupando-se especialmente com a liberdade do trabalho (sendo assim contra associações operárias, por exemplo).

Como parte integrante do projeto histórico da nova burguesia européia, em luta pela conquista do poder econômico e cultural e, por último, do poder político, havia uma "tensão entre regulação social e emancipação social"⁸. Entretanto, uma vez conquistado o poder político, essa tensão perdeu toda a utilidade histórica para a burguesia.

No campo jurídico e político, a "prova real"⁹ do paradigma da modernidade ocorre no século XIX. E é justamente nesse período histórico que o capitalismo se torna o modo de produção dominante nos países centrais e que a burguesia emerge como classe hegemônica. Daí para frente, o paradigma da modernidade fica totalmente

natureza e com o sobrenatural. Essas idéias ou representações, no entanto, tenderão a esconder dos homens o modo real como suas relações sociais foram produzidas e a origem das formas sociais de exploração econômica e de dominação política. Esse ocultamento da realidade social chama-se ideologia. Por seu intermédio, os homens legitimam as condições sociais de exploração e de dominação, fazendo com que pareçam verdadeiras e justas."

⁷ ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-Providência**, p. 48.

⁸ Expressão retirada da obra **A crítica da razão indolente**, de Boaventura de Sousa Santos.

⁹ Ibid., p. 139.

associado ao desenvolvimento do capitalismo¹⁰. E é através desse processo que a tensão entre regulação social e emancipação social, constitutiva do moderno pensamento jurídico, vai sendo gradualmente substituída por uma utopia automática de regulação jurídica confiada ao Estado.

O Estado constitucional do século XIX acabou por minimizar ideais éticos e promessas políticas, de modo a ajustar uns e outros às necessidades regulatórias do capitalismo liberal. Desse modo, a soberania do povo transformou-se na soberania do Estado - nação; a vontade geral se transformou na vontade da maioria (obtida entre as elites governantes) e na *raison d'état*. Incitada pelas contradições advindas do próprio desenvolvimento capitalista, a tensão entre regulação e emancipação social explodiu. E o Estado liberal encontrou no caos daí resultante a justificação para impor um modo de regulação à sociedade que convertesse as pretensões mais emancipatórias do paradigma da modernidade em anomia ou utopia e, portanto, em perigo social.

SOUSA SANTOS enuncia:

"Em resumo, o período do capitalismo liberal desencadeia o processo social de selectividade e concentração da modernidade, mas, como as contradições do paradigma vão explodindo sem mediação, é ainda possível neste período formular e activar, mesmo que de forma desviante e marginal, a vocação radical e globalizante do paradigma, rejeitando assim a idéia de irreversibilidade do défice no cumprimento de suas promessas."¹¹

Já no século XIX, nota-se que a estrutura deste Estado liberal puro se mostra inócua e abstrata, face a realidades sociais duras, difíceis e imprevisas. Conseqüentemente, da noção de liberdade total do homem perante o Estado, avança-se para uma idéia mais democrática, de participação total e indiscriminada desse mesmo

¹⁰ BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, na página 139 de seu livro supra citado, diferencia em períodos o desenvolvimento do capitalismo: primeiro, houve o período do capitalismo liberal, o qual cobre todo o século XIX, embora as três últimas décadas tenham um caráter de transição; o segundo período, do capitalismo organizado, começa no fim do século XIX e atinge o seu desenvolvimento máximo no período entre as duas Guerras Mundiais e nas duas primeiras décadas do após guerra; o terceiro período, do capitalismo desorganizado, começa nos fins da década de 1960 e ainda continua.

¹¹ Ibid., p. 144.

homem na formação da vontade estatal. Desse modo, passa-se do princípio liberal para o princípio democrático.

O liberalismo puro entra em crise, uma vez que não foi capaz de resolver os problemas de ordem econômica e social das camadas proletárias da sociedade. Percebe-se, então, que a liberdade política inicialmente defendida pelos liberais (enquanto liberdade restrita à classe dominante), não satisfazia os anseios sociais. Assim, a liberdade política teve de ser concedida a todas as camadas sociais (com um mínimo de restrição, isto é, mediante o sufrágio universal). Entretanto, o reconhecimento genérico deste direito não foi fruto altruístico e amistoso do liberalismo, mas sim uma conquista, processada no âmago do conflito entre capital e trabalho. Do ponto de vista do liberalismo clássico, esta conquista social implicou em derrota, que acabou por liquidar os sonhos burgueses de estratificação da ordem ou do *status quo* político.

Este representa um momento decisivo para o Estado liberal, quando, abrindo mão compulsoriamente da liberdade política (vista até então como liberdade de classe), o que lhe garantia o controle dos meios estatais, a burguesia liberal vem a repartir esse controle com as demais classes sociais, inclusive com o proletariado. Afinal, o sufrágio universal representa, ao menos teoricamente, o poder de se estabelecer as leis e fazer o governo. A passagem para um princípio democrático demonstra a decadência do Estado liberal, não apenas no âmbito doutrinário, mas também na prática, com o surgimento de uma progressiva ingerência do Estado na ordem econômica. ROSANVALLON coloca:

“Uma concepção estatal da assistência é o corolário do individualismo mais radical em matéria de relações sociais. É a partir daqui que se deve compreender a contradição do liberalismo do século XIX quando pretende afirmar ao mesmo tempo o princípio individualista e rejeitar a idéia de intervenção do Estado no domínio da assistência e da beneficência.”¹²

¹² ROSANVALLON, P. Op. cit., p. 35.

Seção II – Do Estado protetor ao Estado Providência

Em sua obra, Pierre ROSANVALLON diferencia o Estado Providência do Estado protetor, colocando este como antecedente daquele. Assim, demonstra como é o próprio desenvolvimento do Estado moderno o responsável pelo surgimento do Estado Providência. Concordando com esta afirmação, SOUSA SANTOS pronuncia:

"O que caracteriza a especificidade funcional do Estado moderno não é o número de funções que o Estado pode desempenhar, mas sim a forma de desempenho. O Estado mínimo do constitucionalismo liberal não só contém, em si, as sementes do Estado Providência benevolente do capitalismo civilizado, mas também as do Estado fascista e do Estado stalinista."¹³

Inicialmente, entende que não há Estado protetor sem a existência do indivíduo como categoria política e jurídica. Também demonstra ser necessário se libertar cada vez mais os indivíduos dos grupos sociais reais (como a família, a vizinhança, etc.), nos quais se inserem trocas econômicas que o Estado não controla. "O Estado moderno não pode existir, em uma palavra, sem economia e sociedade de mercado, isto é, sem a afirmação do indivíduo como categoria econômica central."¹⁴

Assim, o Estado Providência limita-se a prosseguir e a ampliar este movimento de proteção do indivíduo como figura central. Procura libertar o indivíduo, simplificando o âmbito social, destruindo as estruturas, profissionais e sociais, que limitam a autonomia individual. No Estado Providência, não há mais o intermédio social (isto é o que o diferencia do Estado protetor). No Estado protetor, o indivíduo (e, portanto, o Estado) é limitado, sendo que as funções de assistência e de caridade permanecem inseridas nas formas de solidariedade e de sociabilidade tradicionais,

¹³ SANTOS, B. de S. Op. cit., p. 142.

¹⁴ ROSANVALLON, P. Op. cit., p. 35.

quer sejam religiosas, corporativas ou comunais. “O Estado protetor deve transformar-se em Estado Providência no próprio momento em que se afirma o indivíduo total.”¹⁵

O Estado moderno, entre os séculos XIV e XVIII, é representado pelo Estado protetor, o qual se baseia na realização de uma dupla tarefa: a produção da segurança e a redução da incerteza. O indivíduo (enquanto sujeito de direitos) e o Estado moderno (como protetor e concretizador destes direitos) nascem em um mesmo momento, estão amplamente conexos.

A passagem do Estado protetor para o Estado Providência compreende-se em um duplo movimento de correção e de radicalização, a qual se inicia a partir do fim do século XVIII, sob o efeito do movimento democrático e igualitário. A proteção estatal da propriedade, da liberdade e da vida estende-se a novos direitos, sendo que os direitos econômicos e sociais aparecem como um prolongamento natural dos direitos cívicos.

As primeiras teorias acerca do Estado moderno baseiam-se em uma representação orgânica da sociedade e do Estado, onde ambos são pensados sob a forma de um corpo, o corpo político e o corpo social, estreitamente ligados entre si. Desse modo, os modos de expressão da solidariedade devem sempre ser incorporados à espessura do corpo social. Com o tempo, a pressão da economia política acaba por influir na formação progressiva de uma representação mais ampliada do indivíduo, em sua dimensão econômica e social. Dessa evolução resultará uma representação mais biológica da sociedade: a da sociedade de mercado.

Outro fator que contribuiu para o surgimento do Estado Providência foi o movimento de laicização política moderna. Depois de o Estado protetor ter afirmado sua soberania, emancipando-se do âmbito religioso, o Estado Providência confirma-se como um Estado laico. Aos acasos da caridade e da providência divina, sucedem-se as regularidades estatais, uma vez que o Estado transfere para as suas prerrogativas regulares os benefícios aleatórios que antes se supunha somente poderem ser oferecidos pelo poder divino.

¹⁵ Id.

Coloca o autor que o estabelecimento de técnicas de seguro deu pleno efeito a esse movimento de laicização. Assim, o Estado protetor (de segurança policial) torna-se um Estado Providência (de seguro). Nos dois tipos estatais, há produção de uma ordem baseada exclusivamente nos interesses pessoais. No primeiro, há a “mão invisível” do Estado a proteger os indivíduos. Depois, com o seguro, cada indivíduo, quando se previne dos riscos, só pensa em seu exclusivo interesse e disso resulta um financiamento coletivo dos acidentes individuais. Esta transformação está ligada à descoberta de leis matemáticas da estatística, que ajudam a tornar concebível o domínio do acaso. Dessa maneira, o Estado Providência se torna possível do ponto de vista técnico, uma vez que os riscos e o acaso podem ser geridos. Conclui ROSANVALLON:

“O Estado Providência é, de fato, muito mais complexo que o Estado protetor: não tem apenas por função proteger as aquisições (a vida ou a propriedade); visa igualmente ações positivas (de redistribuição de renda, de regulamentação das relações sociais, de responsabilização por certos serviços coletivos, etc.).”¹⁶

O supra referido autor resume sua teoria acerca do Estado Providência, colocando que, inicialmente, o Estado moderno se define como um Estado protetor. Já o Estado Providência representa uma extensão e um aprofundamento deste Estado protetor, sendo que a passagem do Estado protetor para o Estado Providência acompanha o movimento pelo qual a sociedade deixa de pensar em si mesma com base no modelo do corpo social para se conceber sob o modo do mercado. Conclui que o objetivo do Estado Providência seria substituir a incerteza da providência religiosa pela certeza da providência estatal. E finalmente coloca que é a noção de probabilidade estatística que torna possível na prática (e teoricamente pensável) a integração da idéia de providência no Estado.

Seção III - Estado Providência e as crises sociais na passagem para o século XX

ROSANVALLON acertadamente considera que, no século XX, não são apenas as funções sociais do Estado que se ampliam:

“A Primeira e a Segunda Guerras Mundiais foram igualmente ocasião de um maior intervencionismo econômico do Estado. O *Warfare State* acompanha o *Welfare State*. (...) É, igualmente, nos períodos conturbados que os mecanismos de segurança se desenvolveram devido à multiplicação dos riscos existentes em todos os aspectos.”¹⁷ (nota de fim nº 22)

Observando-se os fatos históricos, constata-se que foi junto a grandes crises sociais, econômicas ou internacionais (as guerras) que o Estado Providência mais progrediu nos séculos XIX e XX. A explicação política e filosófica para este fenômeno estaria na consideração de que esses períodos de crise constituem tempos de provação, graças aos quais há reformulação mais ou menos explícita do contrato social. Tome-se por exemplo a guerra: em seu término, é como se tivesse havido um ato de refundação social, além de se proporcionar a reafirmação da natureza do Estado Providência. Também a dívida de proteção em favor dos indivíduos, contraída pelo Estado, nestes períodos se enuncia de maneira mais visível.

Sobre este assunto, TODOROV enuncia:

"O fim da Segunda Guerra Mundial na Europa despertou esperanças tão grandes quanto a catástrofe que acabara de terminar. Uma vez derrotado o mal, pensava-se, nasceria um mundo melhor, um mundo no qual todas as pessoas teriam os mesmos direitos e gozariam as mesmas liberdades, no qual a paz e a prosperidade seriam o destino de todos. Mas a desilusão não tardou: não apenas a devastação causada pela guerra condenara a maior parte da

¹⁶ Ibid., p. 19-20.

¹⁷ Ibid., p. 106.

Europa à pobreza, mas também as estruturas políticas que ficaram após a guerra não tiveram resultados muito felizes."¹⁸

HOBBSAWM¹⁹ tenta explicar porque o liberalismo sofreu uma queda entre as duas Guerras Mundiais, mesmo em Estados que não aceitavam o fascismo, dando origem ao denominado Estado Providência. Em primeiro lugar, entende o autor que o sistema democrático não funciona se não há um consenso básico entre a maioria dos cidadãos acerca da aceitabilidade de seu Estado e de seu sistema social ou, pelo menos, uma disposição de negociar acordos consensuais. Esse consenso, por sua vez, é muito facilitado pela prosperidade. Entretanto, na maior parte da Europa, essas condições simplesmente não se encontravam presentes entre 1918 e a Segunda Guerra Mundial.

Na realidade, a política liberal era vulnerável, porque sua forma de governo característica, a democracia representativa, em geral não era uma maneira convincente de governar Estados, e a realidade desta época histórica raramente assegurava as condições que a tornassem viável, quanto mais eficaz. A primeira dessas condições era que tal democracia gozasse de consentimento e legitimidade gerais (mas poucas das democracias do período entre guerras eram bem estabelecidas).

A segunda condição para uma democracia representativa eficaz era um certo grau de compatibilidade entre os vários componentes do "povo", cujo voto soberano determinava o governo comum. A teoria oficial da sociedade burguesa liberal não reconhecia o "povo" como um conjunto de grupos, comunidades e outras coletividades

¹⁸ TODOROV, Tzvetan. *Ascensão do homem público*, p. 05.

¹⁹ HOBBSAWM, Eric. *Era dos extremos*, p. 139 e seguintes. Nas páginas 113 e 114 da obra citada, HOBBSAWM constata com clareza e propriedade: "De todos os fatos da Era da Catástrofe, os sobreviventes do século XIX ficaram talvez mais chocados com o colapso dos valores e instituições da civilização liberal, cujo progresso seu século tivera como certo, pelo menos nas partes 'avançadas' e 'em avanço' do mundo. Esses valores eram a desconfiança da ditadura e do governo absoluto; o compromisso com um governo constitucional com ou sob governos e assembleias representativas livremente eleitos, que garantissem o domínio da lei; e um conjunto aceito de direitos e liberdades dos cidadãos, incluindo a liberdade de expressão, publicação e reunião. O Estado e a sociedade deviam ser informados pelos valores da razão, do debate público, da educação, da ciência e da capacidade de melhoria (embora não necessariamente de perfeição) da condição humana. Esses valores, parecia claro, tinham feito progresso durante todo o século, e estavam destinados a avançar mais."

com interesses como tais. Contudo, em uma era de revoluções e tensões sociais radicais, a regra era mais a luta que a paz entre as classes sociais. Assim, a intransigência ideológica e de classe podia vir a despedaçar o governo democrático de cunho liberal.

A terceira condição era que os governos democráticos liberais não tivessem que governar muito. A sociedade burguesa do século XIX supunha que o grosso da vida de seus cidadãos teria lugar não na esfera regulada pelo governo, porém na economia auto-regulada e no mundo de associações privadas e não oficiais (a sociedade civil). Entretanto, o século XX multiplicou as ocasiões em que se tornava essencial aos governos governar. O Estado que se limitava a prover regras básicas para o comércio e para a sociedade civil, oferecer polícia, prisões e Forças Armadas para manter afastado o perigo interno e externo tornou-se extremamente obsoleto.

Já a quarta condição era riqueza e a prosperidade da sociedade liberal. No entanto, as democracias da década de 1920 desmoronaram sob a tensão da revolução e da contra-revolução, ou do conflito nacional; as da década de 1930, sob as tensões da Depressão. Nessas circunstâncias, a democracia instituída pelo capitalismo liberal tornava-se sobretudo um mecanismo para formalizar divisões entre grupos inconciliáveis.

Entretanto, é importante se considerar que, embora a ascensão e triunfo do fascismo representem a expressão mais espetacular da derrota liberal na Europa do início do século XX, é um erro, mesmo na década de 1930, ver essa queda exclusivamente em termos de fascismo. Houve a colaboração de outros movimentos.

HOBBSBAWM enuncia com propriedade:

"(...) nos vinte anos de enfraquecimento do liberalismo nem um único regime que pudesse ser chamado de liberal-democrático foi derrubado pela esquerda. O perigo vinha exclusivamente da direita. E essa direita representava não apenas uma ameaça ao governo constitucional e representativo, mas uma ameaça ideológica à civilização liberal como tal, e um movimento potencialmente mundial, para o qual o rótulo 'fascismo' é ao mesmo tempo insuficiente mas não inteiramente irrelevante. Insuficiente porque de modo algum todas as forças que derrubavam os regimes liberais eram fascistas. E

relevante porque o fascismo, primeiro em sua forma original italiana, depois na forma alemã do nacional-socialismo, inspirou outras forças antiliberais, apoiou-as e deu à direita internacional um senso de confiança histórica: (...)"²⁰

Diversos movimentos não tradicionais da direita radical surgem em vários países europeus no fim do século XIX, em reação ao liberalismo (isto é, à transformação acelerada da sociedade pelo capitalismo), à ascensão dos movimentos da classe trabalhadora e, de maneira geral, à onda de estrangeiros que invadia o mundo na maior migração de massa da história até aquela data.

Por fim, torna-se necessário se explicar, resumidamente, por que a reação da direita contra o liberalismo, após a Primeira Guerra Mundial, conseguiu algumas vitórias cruciais através da imposição do regime fascista. Este fenômeno ocorreu devido ao colapso dos velhos regimes e das velhas classes dominantes (e de seu maquinário de poder, influência e hegemonia). Além disso, havia uma massa de cidadãos desencantados, desorientados e descontentes; pobreza e miséria; fortes movimentos socialistas parecendo ameaçar com a revolução social (mas, de fato, não em posição de realizá-la) e uma grande onda de ressentimento nacionalista contra os Tratados de paz assinados em 1918-20.²¹

Seção IV - Estado Providência: características fundamentais

Deve-se reconhecer que Estado liberal fundou a concepção moderna de liberdade, garantindo assim o primado da personalidade humana, em bases individualistas. Além disso, inspirou a noção dos direitos fundamentais e da separação dos poderes. Entretanto, não foi capaz de se mostrar sensível e eficaz frente aos

²⁰ Ibid., p. 116.

²¹ Ibid., p. 129-130.

problemas e às desigualdades sociais. Desse modo, a ideologia liberal entra em crise, sendo substituída por uma concepção intervencionista e provedora de Estado.

No período do capitalismo liberal, a sociedade civil e, acima de tudo, as relações de mercado eram concebidas como auto-reguladas, e era ao Estado que cabia garantir essa autonomia. Entretanto, como bem explicita SOUSA SANTOS²², no fim do século XIX, este panorama jurídico e político alterou-se profundamente, sobretudo devido ao crescente domínio do modo de produção capitalista, não só sobre as relações econômicas, mas também em todos os aspectos da vida social.

O Estado Providência surge como decorrência do dirigismo e do paternalismo, influenciado por idéias de colaboração humana e social. Representa uma técnica de compromisso que, apesar de estabelecer um horizonte natural de progresso social, mantém intacta, em grande parte, a infra-estrutura econômica, isto é, o sistema capitalista. Segundo BONAVIDES²³, na realidade o Estado Providência é um instrumento de sobrevivência burguesa, postulando justiça para todas as classes sociais, com cujos interesses intenta conciliar-se.

Esse intervencionismo governamental adotado nos países industrializados do Ocidente desde a década de 1930 representa a forma como, no século XX, tentou-se conter as excessivas desigualdades sociais geradas pela competição desenfreada criada pelo mercado, típica do liberalismo do século XIX. Tenta-se conciliar, na prática, duas ideologias que se excluem reciprocamente, a liberal, centrada na defesa do mercado, e a estatizante, baseada no dirigismo governamental.

Com a extensão do direito ao voto e a organização de interesses sociais (muitas vezes antagônicos) em sindicatos e associações patronais, evidenciou-se ainda mais o caráter classista da dominação política estabelecida pelo período de capitalismo liberal. Assim, nestas condições, a distinção entre o Estado e a sociedade civil acaba por sofrer um processo de transformação gradual (com um progressivo deslocamento da linha de demarcação entre eles, e mesmo um gradual desaparecimento desta

²² SANTOS, B. de S. Op. cit., p. 146.

²³ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**, prefácio.

distinção entre Estado e sociedade civil), sendo que duas evoluções diferentes, mas convergentes, incentivaram este processo.²⁴

A primeira transformação foi a necessidade de uma gestão econômica pública, imposta pela crescente complexidade da economia capitalista. Desse modo, se conduziu inevitavelmente à exigência de intervenção estatal, sobretudo para regular os mercados. Também o próprio Estado desenvolveu um interesse autônomo de intervenção na economia, como meio de assegurar a reprodução da enorme organização burocrática que fora anteriormente criada.

A segunda transformação foi o reconhecimento político das externalidades sociais do desenvolvimento capitalista, isto é, a politização de algumas dimensões da "questão social". Este reconhecimento resulta da expansão do processo político, desencadeado pelo alargamento do direito ao voto aos trabalhadores e pelo surgimento de poderosos partidos operários. Exemplificando, a politização da desigualdade social envolveu a intervenção do Estado na relação salarial e no consumo coletivo. Essas medidas foram tão radicais e resultaram de um pacto social (entre o capital e o trabalho, sob a égide do Estado) tão inédito que conduziram a uma nova forma política: o Estado Providência.

Defende-se que, neste período de capitalismo organizado (denominação utilizada por SOUSA SANTOS), não se fortaleceram apenas os princípios do mercado e do Estado, mas também o da comunidade. O caráter distributivo das políticas sociais assenta-se em uma noção de solidariedade, a qual se assemelha à obrigação política horizontal, que vai de cidadão para cidadão. Na verdade, com o Estado Providência, esta obrigação política horizontal transforma-se em uma dupla obrigação vertical: entre os contribuintes e o Estado, e entre os beneficiários das políticas sociais e o Estado. Desta forma, o exercício de autonomia que o princípio da comunidade antes pressupunha transformou-se em um exercício de dependência com relação ao Estado.

O Estado Providência é, em sua essência, um Estado intervencionista, onde a presença ativa e constante do poder político nas diversas esferas sociais é sempre exigida. Uma vez que persiste uma total impossibilidade das camadas populares

²⁴ SANTOS, B. de S. Op. cit., p. 147-148.

proverem suas necessidades mínimas, cresce a dependência do indivíduo em relação ao Estado. O Estado Providência tem como princípios orientadores as noções de solidariedade, regulamentação das relações sociais e redistribuição, utilizando-se de políticas sociais para atingir seu objetivo maior, que é a socialização dos frutos da produção.

Para ROSANVALLON²⁵, sendo o Estado Providência um agente de redistribuição social e, portanto, de organização da solidariedade, ele funciona como uma grande interface, substituindo o face-a-face entre os indivíduos e os grupos. Ao mesmo tempo, o Estado se apresenta, para estes últimos, como um dado, um sistema autônomo e independente deles. Dessa forma, isolada das relações sociais reais que a estruturam, esta organização da solidariedade torna-se cada vez mais abstrata, sendo que o Estado Providência procede automaticamente a um verdadeiro embaralhamento das relações sociais.

Para SOUSA SANTOS²⁶, é indiscutível que neste período (de capitalismo organizado e do Estado Providência), a dimensão político-jurídica do paradigma da modernidade foi totalmente redefinida, conciliando objetivos antagônicos e equilibrando interesses que o período anterior (do capitalismo liberal) considerara insuscetíveis de conciliação e equilíbrio. Entretanto, foi necessário se reduzir os ideais de emancipação social a proporções realistas. Desse modo, noções como solidariedade, justiça e igualdade podiam ser compatíveis com as idéias de autonomia, identidade e liberdade (tão preciosas ao capitalismo), desde que cada conjunto de valores, (estes aparentemente incompatíveis), fosse reduzido ao que era realisticamente exequível em uma sociedade capitalista. Assim, seria possível, nos países centrais da economia mundial, o cumprimento de duas promessas realistas: a promessa de uma distribuição mais justa dos recursos materiais e a promessa de uma maior democratização do sistema político.

No Estado liberal, considerava-se que as relações sociais e, sobretudo, as relações de mercado se auto-regulavam de modo geral e que, portanto, estavam longe

²⁵ ROSANVALLON, P. Op. cit., p. 32-33.

²⁶ SANTOS, B. de S. Op. cit., p. 149-150.

de ser caóticas, sendo que as tendências caóticas só se faziam sentir nos extremos. Já no Estado Providência, o caos social aparece sob a forma da questão social. A produção política, social e econômica de caos tornou-se muito mais visível, bem patente nas guerras e no imperialismo, nas crises globais e nas práticas predatórias, nas enormes desigualdades sociais e nos consumos sumptuários, na rebelião social e na anomia, na discriminação social e no desperdício dos recursos, etc. De acordo com o pensamento de SOUSA SANTOS:

"Relativamente aos países centrais do sistema mundial, o período do capitalismo organizado distinguiu, no paradigma da modernidade, as promessas que podiam e não podiam ser cumpridas em uma sociedade capitalista dinâmica. Seguidamente, concentrou-se nas primeiras e tentou, através da socialização e da inculcação social, eliminar as segundas."²⁷

Por ser o Estado Providência um Estado intervencionista, a índole de seus governantes se torna uma séria preocupação, uma vez que há uma progressiva dependência do indivíduo em relação aos provimentos estatais, gerando uma perda efetiva de seu espaço autônomo, o qual se encontra comprimido frente ao espaço social. A hipótese de um desvirtuamento do poder pode se concretizar, pelo fato de os governantes possuírem o controle da função social, ficando sujeitos à tentação de utilizar o poder em favor próprio (corrupção) ou no interesse do avassalamento do indivíduo (totalitarismo). Desse modo, constata-se que o Estado Providência democrático se distingue do totalitário por tutelar e garantir, no âmbito jurídico - constitucional, os direitos fundamentais do cidadão.

A origem da expressão "Estado Providência" encontra-se no Segundo Império francês, tendo sido originalmente utilizada por pensadores liberais hostis ao aumento das atribuições do Estado, mas igualmente críticos em relação a uma filosofia individualista muito radical. Seria "o Estado erigido em uma espécie de providência".

²⁷ Ibid., p. 145.

Já a expressão inglesa “Welfare State” (Estado de bem-estar social) é bem mais recente, tendo sido criada na década de 1940, embora já se falasse em “welfare policy” desde o início do século XX.

De acordo com os ensinamentos de Paulo BONAVIDES²⁸, deve-se distinguir o Estado Providência (denominado de “Estado social” na obra do referido autor) do Estado socialista. Ambos podem coexistir, mas um não se confunde com o outro, pois o Estado Providência conserva sua adesão à ordem capitalista, representando apenas uma transformação superestrutural pela qual passou o Estado liberal. Entende o supra mencionado autor que a noção contemporânea de Estado Providência nasce da busca da superação da contradição existente entre a igualdade política (estabelecida através do princípio democrático vigente durante o Estado liberal) e a desigualdade social.

Na realidade, dizer que o Estado Providência seria um sucedâneo do socialismo, um meio caminho entre o capitalismo e o socialismo não parece ser apropriado. “Não é o capitalismo, com suas contradições e sua ‘lógica’, com a luta de classes que o acompanha, que dá a chave da força do Estado Providência. A explicação está em outro fator: no próprio movimento do Estado - nação moderno.”²⁹

Com o Estado Providência, a ordem estatal passa a ser considerada a soma de interesses coletivos, a fim de se superar eventuais interesses ou direitos individuais. Para que se efetive esta superação, o direito passa a ser utilizado como um instrumento de legitimação deste Estado, proporcionando relevantes alterações em relação ao direito estatal consagrado pelo Estado liberal. Devido às características intrínsecas do Estado Providência, como o intervencionismo nas relações econômicas e sociais, ocorre uma progressiva juridicização da prática social neste período histórico.

²⁸ BONAVIDES, P. Op. cit., p. 205 - 210.

²⁹ ROSANVALLON, P. Op. cit., p. 18.

Capítulo II - A FACE JURÍDICA DO ESTADO PROVIDÊNCIA

Seção I - Do Estado liberal ao Estado Providência: novas demandas jurídicas

No período do capitalismo liberal, toda a sociedade civil (mas principalmente as relações de mercado) era concebida como auto-regulada, sendo que a garantia desta autonomia era um dos principais deveres do Estado. O instrumental jurídico mais utilizado para a garantia da autonomização da sociedade de mercado foi o direito privado, complementado por medidas fiscais, monetárias e financeiras, as quais estavam destinadas quase sempre a corrigir os desequilíbrios resultantes de deficiências ou imperfeições do mercado. Estas medidas incluíam toda a legislação que cuidava da "questão social", ou seja, o conjunto de problemas decorrentes da rápida e autônoma industrialização, tais como a pobreza generalizada, a alta criminalidade, as greves, o desemprego, etc.

A intervenção do Estado liberal aparentemente era excepcional e discreta, trazendo em si um potencial para o "absolutismo jurídico"³⁰. No entanto, este potencial manifestava-se de modo muito incompleto, dando origem a um desenvolvimento desigual no campo jurídico. Desse modo, considerava-se, de acordo com a interpretação de SOUSA SANTOS, que o direito privado (foco privilegiado do cientificismo e do positivismo jurídico), estaria desvinculado de qualquer conteúdo político ou social, sendo capaz de libertar as relações sociais de cunho liberal dos vínculos e hierarquias do Antigo Regime. Seu objetivo principal era assegurar a reprodução de um mercado competitivo, capaz de se auto-equilibrar, através de liberdades negativas, enquadramentos jurídicos apropriados, porém supletivos, além de mecanismos que garantissem o cumprimento dos contratos.

Já o direito administrativo tinha o papel de organizar o distanciamento cotidiano dos aparelhos do Estado relativamente aos cidadãos, concentrando-se nos mecanismos

³⁰ SANTOS, B de S. Op. cit., p. 146.

que reproduziam esse afastamento, sobretudo através de uma nítida demarcação de quais eram os limites da intervenção do Estado. Por fim, o direito constitucional assentava-se no pressuposto de que as liberdades individuais tinham origem pré-jurídica e de que o Estado apenas podia garanti-las por meios políticos e administrativos (definidos, seguros e previsíveis), sendo que competia ao direito administrativo estabelecê-los.

SOUSA SANTOS³¹ constata que o cientificismo e o estatismo são as principais características do direito racional moderno, tal como este se desenvolveu nos países do Ocidente durante o século XIX. Mas não se pode deixar de considerar que o estatismo e o cientificismo do direito, os quais correspondem à preponderância dos princípios do Estado e do mercado em detrimento ao princípio da comunidade, desenvolveram-se, no período do capitalismo liberal, em um terreno social cheio de tensões.

A dominação jurídica racional do Estado liberal foi legitimada por um sistema racional de leis, universais e abstratas, emanadas pelo próprio Estado, que organizam uma administração burocratizada e profissional e que são aplicadas a toda a sociedade através de uma justiça baseada em uma racionalidade lógico-formal. E à medida que o direito foi politizado, enquanto direito estatal, foi também cientificizado. Este fenômeno, junto com a reconstrução científica do Estado, contribuiu para se despolitizar o próprio Estado. Assim, a dominação política passou a se legitimar enquanto forma de dominação técnico-jurídica. Percebe-se, então, que a hiperpolitização do direito (enquanto direito estatal) foi um requisito necessário para que houvesse a despolitização do Estado.

No Estado liberal, o direito tornou-se autônomo, como parte do processo histórico que deslocou o Estado para fora das relações sociais de produção no sistema capitalista. Um dos exemplos desta autonomia está na divisão entre o direito público e o direito privado, a qual estabelece uma distinção real entre o direito que vincula o cidadão ao Estado e o direito que está à disposição dos cidadãos para que eles o utilizem nas relações entre si. Esta distinção resulta da idéia (irreal e ilusória) de que o direito privado não é um direito estatal.

³¹ Ibid., p. 141.

Em suma, o cientificismo e o estatismo moldaram o direito de forma a convertê-lo em uma utopia automática de regulação social³². Diz SOUSA SANTOS que, "embora a modernidade considerasse o direito um princípio secundário (e talvez provisório) de pacificação social relativamente à ciência, uma vez submetido ao Estado capitalista o direito acabou por se transformar num artefato científico de primeira ordem."³³ Assim, o utopismo da ciência se desenvolveu em estreita articulação com o utopismo jurídico, uma vez que os dois processos se apoiavam mutuamente.

Conclui-se, por fim, que o direito que prevalecia no Estado liberal, baseado nas idéias de autonomia e universalidade, assentava-se na noção de unidade do Estado, sendo que esta unidade fundamentava-se na distinção nítida entre Estado e sociedade civil e na especificidade funcional do Estado.

Entretanto, no final do século XIX, este panorama jurídico e político alterou-se dramaticamente nos países europeus de economia central, sobretudo devido ao crescente domínio do modo de produção capitalista, não somente sobre as relações econômicas, mas também nos demais aspectos da vida social. A concentração e a centralização do capital industrial, comercial e financeiro, a proliferação de cartéis e monopólios e a separação entre propriedade jurídica e controle econômico ilustraram uma extraordinária expansão do princípio do mercado, ao mesmo tempo em que puseram fim à noção de mercado competitivo e auto-equilibrável/auto-regulado.³⁴

Como já mencionado anteriormente, neste período, do chamado Estado Providência, a dimensão político-jurídica do paradigma da modernidade foi totalmente redefinida, a fim de se conciliar objetivos antagônicos e equilibrar interesses considerados incompatíveis para o período anterior, do capitalismo liberal. Assim, ideais como a solidariedade, a justiça e a igualdade podiam ser compatíveis com noções de autonomia, identidade e liberdade, desde que cada conjunto de valores,

³² Segundo BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, a página 143 de seu livro supra citado, nenhuma das formas do Estado moderno (seja no período do capitalismo liberal, do capitalismo organizado ou do capitalismo desorganizado) pôde desprezar a positividade do direito como um instrumento potencialmente inesgotável de dominação social.

³³ Ibid., p. 143-144.

³⁴ Ibid., p. 147.

aparentemente incompatíveis entre si, fosse reduzido ao que era realisticamente executável dentro de uma sociedade capitalista. Desta forma, seria possível, nos países centrais da economia mundial, o cumprimento de duas promessas realistas: a de uma distribuição mais justa dos recursos materiais e a de uma maior democratização do sistema político. Compatibilizou-se o cumprimento da primeira promessa com a vigência de uma sociedade de classes, e o cumprimento da segunda promessa com a vigência de uma política liberal burguesa. "Através de uma política de hegemonia foi, então, possível converter esta forma particular de compatibilização - no fundo, uma entre muitas outras - na única legítima e, até, na única concebível."³⁵

Constata-se que, na medida em que o Estado se envolve na gestão dos processos econômicos e sociais (uma transformação que, segundo os teóricos liberais, exigia a "perda da autonomia do Estado"), o direito do Estado torna-se menos formalista e menos abstrato. Também o equilíbrio e o compromisso entre os interesses em conflito tornam-se mais evidentes (é a denominada "materialização" do direito). Além disso, a função de integração política e social do direito distributivo torna-se um importante tema de debate político (ocorrendo a "politização" do direito).

O direito deixa de representar a demarcação dos limites externos da prática social para ser a modulação interna da prática social, e este fenômeno intensifica radicalmente o seu caráter instrumental. "A crescente complexidade dos subsistemas sociais e a crescente necessidade de coordenação social e de integração entre eles exigiam um campo jurídico potencialmente infinito, onde os défices e os excessos do desenvolvimento econômico e social fossem, se não eliminados, pelo menos reduzidos a proporções controláveis."³⁶

As profundas alterações geradas pelo crescente intervencionismo estatal e pela conseqüente instrumentalidade jurídica daí advinda tiveram um impacto tão profundo no Estado como em seu direito. Entendia-se anteriormente, no período do capitalismo liberal, que as condições iniciais para o eficaz funcionamento do direito (como direito do Estado), nas sociedades capitalistas, seriam a unidade do Estado, a sua

³⁵ Ibid., p. 149.

³⁶ Ibid., p. 150.

especificidade funcional e a sua separação inequívoca em relação à sociedade civil. Entretanto, estas condições iniciais sofreram uma profunda erosão no período do Estado Providência.

A crescente juridicização da prática social foi, ~~ao mesmo tempo~~, causa e consequência dessa erosão. Uma vez que a equação entre Estado e direito foi desestabilizada no período do capitalismo organizado, o caráter estatal do direito passou a ser apenas uma das variáveis, ao invés de característica intrínseca (como era no Estado liberal). Na medida em que o Estado se transformava em um recurso político para grupos e classes sociais mais vastas e amplas, o transclassismo e a autonomia do Estado ganharam certa credibilidade ideológica. No entanto, embora o Estado atuasse através do direito, a autonomia do Estado não implicava necessariamente na autonomia do direito enquanto direito *estatal*. Pelo contrário, à medida em que o direito se integrava nas práticas sociais que pretendia regular ou constituir, distanciava-se do Estado: ao lado da utilização do direito pelo Estado, surgiu a possibilidade de o direito ser usado em contextos não estatais e até mesmo contra o Estado. Assim enuncia SOUSA SANTOS:

"A surpreendente agregação da política e da ética que ocorreu neste período, independentemente da forma seletiva que assumiu, possibilitou o reaparecimento de uma percepção social do direito como direito natural, embora se tratasse de um direito natural derivado do direito positivo e surgisse no momento em que as liberdades pré-políticas e pré-constituídas do primeiro período, bem como as auto-regulações que o caracterizavam, eram varridas por uma juridicização da vida social sem precedentes."³⁷

Entretanto, sob um outro ponto de vista, o direito tornou-se mais estatal do que nunca com o Estado Providência. A juridicização da prática social, tão característica deste período, representou a imposição de categorias, interações e enquadramentos jurídicos estatais, relativamente homogêneos, aos mais diversos e heterogêneos

³⁷ Ibid., p. 151.

domínios sociais (como a família, a vida comunitária, o local de trabalho, a esfera pública, a saúde, a educação, etc.). O modo de exercício do direito estatal pressupunha a maleabilidade dos domínios sociais a serem regulados juridicamente. Assim, sempre que a prática jurídica não foi capaz de validar este pressuposto, o resultado foi a destruição das relações sociais, sem a criação de equivalentes jurídicos adequados. Ao contrário, sempre que este pressuposto se confirmou, o benefício jurídico dado pelo Estado Providência às relações sociais converteu-se em um bem humano condicional. Este bem humano é considerado condicional pelo fato de poder vir a destruir as dimensões eventualmente benéficas das relações sociais reguladas, sem garantia da sustentabilidade desta benevolência jurídico-estatal, dada a dependência desta em relação às necessidades (sempre variáveis) de reprodução do capital.

É importante se considerar que, enquanto o Estado liberal legitimou-se através da racionalidade jurídico-formal de seu funcionamento, o Estado Providência procurou a sua legitimação no tipo de desenvolvimento econômico almejado e na forma de sociabilidade que julgava fomentar. Desse modo, com o período do capitalismo organizado, o direito perdeu sua categoria de princípio legitimador do Estado, para se transformar em um dos instrumentos de legitimação do Estado. Como bem enunciou SOUSA SANTOS, "no campo jurídico, este período foi caracterizado por uma hipertrofia inédita da utopia automática de engenharia social através do direito, em nome da qual se redefiniram o cientificismo e o estatismo do direito."³⁸

Constata-se que o desenvolvimento incompleto da estatização do direito no Estado Providência teve lugar em um contexto político caracterizado por um ativismo jurídico intenso, o qual conduziu a sociedade à ideologia suprema da moderna ordem burocrática: o "fetichismo jurídico e institucional" (expressão utilizada por SOUSA SANTOS). No entanto, e aparentemente em contradição com esta percepção, a "sobreutilização" do direito veio acompanhada, não de um aumento, mas de uma perda da centralidade do direito como fonte de legitimação do Estado.

Percebe-se que as transformações ocorridas no estatismo do direito foram acompanhadas por mudanças idênticas quanto ao seu cientificismo. No Estado liberal,

³⁸ Ibid., p. 145.

entendia-se que a condição epistemológica inicial para que houvesse reprodução cientificizada do direito estatal era a existência de relativa estabilidade das normas e dos fatos e, sobretudo, do próprio dualismo entre norma e fato. Entretanto, o desgaste desta condição inicial tornou-se inevitável, face ao dinamismo das sociedades capitalistas do século XX e perante o papel central desempenhado pelo Estado neste período (de capitalismo organizado).

Assim, com o progressivo envolvimento do Estado nos processos econômicos e sociais e à medida em que este vai se tornando mais complexo, diferenciado e sistêmico, o direito abstrato, formal e universal do capitalismo liberal cede lugar a um direito contextualizado, particularista e circunstancial. Como exemplo, nota-se que nas áreas onde o componente tecnológico da regulação jurídica é fundamental, a regra de direito transforma-se basicamente em uma regra de competência técnica, com normas e fatos se tornando indistinguíveis.

Além disso, nas áreas onde a intervenção do Estado é mais dinâmica e estratégica, as condições gerais para a atuação estatal (naquelas áreas que podem ser enquadradas por leis abstratas) são quase irrelevantes, uma vez que os órgãos que dão execução à atuação do Estado necessitam, sobretudo, de amplos poderes discricionários, ou seja, de competência para manipular fatos e normas da forma que considerem mais adequada. Um exemplo está no campo do direito econômico, onde o dualismo entre norma e fato quase desaparece. Já as áreas onde o dualismo entre norma e fato permanece podem se tornar tão complexas que a aplicação convencional do direito somente vai tornar este dualismo operacional depois de ter sido reduzido drasticamente o âmbito das normas e dos fatos em causa.

Foi grande o impacto deste novo modo de regulação social no direito existente à época. A intervenção intensificada do Estado nos processos econômicos e sociais levou ao desenvolvimento de novos domínios no direito, como o direito econômico, o direito do trabalho e o direito social. Todos estes campos possuem a característica comum de conjugarem elementos de direito privado e de direito público, apagando-se ainda mais a linha de demarcação entre Estado e sociedade civil.

No entanto, também foram relevantes as consequências destas transformações sociais e econômicas nos domínios tradicionais do direito, sobretudo no direito constitucional e no direito administrativo. As Constituições dos Estados deixam de legitimar a concepção de um Estado burocrático e de um sistema político estritamente definido para se transformarem em um terreno de intermediação e negociação de interesses e valores sociais conflitantes. O resultado mais sintomático desta transformação foi o reconhecimento/positivação dos direitos sócio-econômicos e da terceira dimensão dos direitos humanos fundamentais.

Seção II - As diversas dimensões dos direitos fundamentais

Os direitos humanos são direitos históricos, que nascem no início da era moderna, juntamente com a concepção individualista de sociedade, sendo um dos principais indicadores do progresso histórico da humanidade. Muitos autores dividem didaticamente o estudo histórico desses direitos, também chamados de direitos fundamentais, em várias dimensões ou gerações, de acordo com o período histórico em que os mesmos foram reconhecidos pelo ordenamento jurídico e/ou positivados.

Desde logo, deve se ter em mente a aceitação da idéia de que os direitos humanos como tais não formam um conjunto de regras cujo conteúdo possa ser adquirido e construído de uma vez por todas. Estes não são direitos elaborados a partir da compreensão do que seja uma determinada "natureza" inerente à pessoa humana. Assim, o que se deve ter como assente é o caráter fundamentalmente circunstancial destes direitos (o que não significa que sejam direitos efêmeros). Qualquer tentativa de absolutização na definição dos mesmos deve ser afastada.

Com razão enuncia BOBBIO:

"(...) os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem - (...) - ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências (...)"³⁹

Entretanto, a transformação histórica dos direitos fundamentais não significou apenas a incorporação de outros direitos aos anteriormente já consagrados. A inovação também diz respeito à sua abrangência. Embora sempre presente a universalidade, os direitos humanos foram inicialmente aqueles pertencentes a certas parcelas da sociedade, representando acima de tudo, direitos individuais (ou seja, incorporados ao patrimônio particular de cada indivíduo, malgrado o acesso possível a todos). Mas a construção de novos direitos humanos, frutos de uma sociedade em expansão econômica, baseou-se em diferentes necessidades, criando-se direitos que não mais seriam apropriáveis individualmente, mas cuja dimensão se espalhava para agrupamentos inteiros de indivíduos que se reúnem sob determinada situação comum. Os direitos humanos com o tempo se aprofundam e agregam a si novos valores. Entretanto, o surgimento de uma nova dimensão não representa o desaparecimento ou sequer o enfraquecimento da anterior, pois cada uma das dimensões dirige-se para circunstâncias próprias e diversas.

Os chamados direitos de primeira dimensão representam o produto final do pensamento liberal burguês dominante no século XVIII, de cunho estritamente individualista. Estes surgem como direitos de cada indivíduo frente ao Estado. Representam direitos de defesa, marcando uma zona de não intervenção do Estado no âmbito particular e uma esfera de autonomia individual em face do poder estatal. São direitos de cunho “negativo”, dirigidos para se obter uma abstenção por parte do poder público. Possuem forte inspiração jusnaturalista. Como exemplos mais significativos têm-se o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei, os quais são complementados pelo direito à liberdade de expressão coletiva, pelos direitos de participação política, mantendo profunda correlação com o princípio da democracia.

³⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, p. 06.

Algumas garantias processuais também são decorrentes destes direitos de primeira dimensão. São os direitos de liberdade, política e civil, refletindo bem a separação entre Estado e sociedade civil.

Já os direitos econômicos, sociais e culturais denominados de direitos de segunda dimensão são fruto das conseqüências do impacto da industrialização. Surgem em uma época de graves problemas sociais e econômicos, no decorrer do século XIX, quando ocorre o florescimento das doutrinas socialistas e de movimentos reivindicatórios. Há a constatação de que somente a consagração formal das noções de liberdade e de igualdade não gera a garantia de seu efetivo gozo. São reconhecidos direitos que atribuem ao Estado um comportamento ativo para a realização da justiça social, possuindo estes direitos dimensão positiva. É a liberdade por intermédio do Estado, e não perante o Estado. Correspondem a direitos a prestações sociais estatais, em uma crescente transição para liberdades materiais concretas. Estes direitos representam a densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas, especialmente da classe operária. Entretanto, abrangem mais que os direitos de cunho prestacional, atingindo também os direitos sociais (os quais se reportam à pessoa individual). São ligados ao princípio da igualdade, estando próximos da construção do Estado Providência.

Já os direitos de solidariedade e de fraternidade, chamados de direitos de terceira dimensão, são aqueles que se desprendem da figura do homem enquanto indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos, como a família, o povo ou a nação. São os tão falados direitos de titularidade difusa ou coletiva. Não negam os direitos anteriores, mas agregam a eles o princípio da fraternidade. Possuem titularidade muitas vezes indefinida ou indeterminável, fato que se revela especialmente no direito ao meio ambiente e à qualidade de vida e no direito do consumidor. Como resultado de novas reivindicações que são, reclamam novas técnicas de garantia e de proteção. Surgem no início do século XX, como decorrência das transformações sociais, políticas e econômicas que originaram o chamado Estado Providência. Sua característica básica é sua implicação universal ou, no mínimo, transindividual. Como exemplos tem-se o direito à paz, à autodeterminação dos povos,

ao desenvolvimento, ao meio ambiente, ao consumo, à conservação do patrimônio histórico e cultural. Não buscam a garantia ou segurança individual contra determinados atos estatais, também não buscam a segurança coletiva positiva dos direitos de segunda dimensão, indo além, tendo como destinatário o próprio gênero humano.

Antes de tudo, deve se perceber que estes direitos de terceira dimensão, difusos ou coletivos, representam uma resposta ao fenômeno da erosão dos direitos e das liberdades fundamentais, principalmente face ao uso de novas tecnologias, assumindo especial relevância neste aspecto o direito ao meio ambiente e à qualidade de vida, o direito do consumidor e o direito à liberdade de informática. Verifica-se que boa parte desses direitos corresponde, na verdade, a novas facetas advindas do princípio da dignidade da pessoa humana, encontrando-se vinculados à idéia de liberdade, de autonomia e de proteção da vida e de outros bens jurídicos fundamentais contra ingerências por parte do Estado ou de particulares. Desenvolvem-se devido à reivindicação de novas liberdades fundamentais, em face dos impactos da sociedade pós-industrial e técnica da atualidade. Estes direitos possuem uma essência de cunho excludente e negativo, com caráter preponderantemente defensivo.

SARLET⁴⁰ conclui observando que, inobstante a já relevada dimensão coletiva e difusa de parte dos novos direitos de terceira dimensão, resta, de regra, preservado seu cunho individual (podendo ser comparados aos direitos de primeira dimensão). O objeto último e essencial, em todos os casos, é sempre a proteção da vida, da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, o que pode ser bem exemplificado pelo direito do consumidor. Este, em que pese a habitual (embora não-obrigatória) presença do interesse coletivo ou difuso, na tutela da comunidade, não deixa de objetivar, em seu espírito, a proteção da vida e da qualidade de vida do homem em sua individualidade.

⁴⁰ SARLET, Ingo W. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 55.

Seção III - Os direitos difusos e coletivos

Primeiramente, deve ser feito um estudo sistemático e sucinto acerca do que sejam os direitos difusos, classe da qual o direito do consumidor é um dos mais expressivos representantes. Os direitos difusos, denominados de direitos de terceira dimensão, nada mais são do que o desenvolvimento de alguns direitos fundamentais, especialmente o direito à vida, à liberdade e à dignidade da pessoa humana, ocorrido em determinada época histórica (início do século XX, como decorrência de uma série de transformações que originaram o Estado Providência e o período do capitalismo organizado).

Sua principal marca diferencial dos demais direitos fundamentais está na titularidade coletiva. Os bens jurídicos protegidos por eles não pertencem a uma pessoa individualmente considerada, mas sim a uma coletividade ou comunidade de pessoas (grupo, associação).

A complexidade e a amplitude da sociedade moderna atual produzem situações em que determinadas atividades podem trazer prejuízos e danos aos interesses de um grande número de indivíduos, fazendo surgir problemas ignorados às demandas individuais clássicas. Conclui-se, então, ser extremamente necessário que estes direitos, de cunho transindividual, assim como os direitos individuais lesados em massa, possam ser devidamente tutelados pelo ordenamento jurídico.

Deve-se levar em consideração que os interesses atualmente denominados como coletivos e difusos sempre existiram, uma vez que não é inovação da sociedade moderna a existência de categorias de pessoas unidas por um ponto em comum. O que tem ocorrido, nos últimos anos, é apenas uma tendência doutrinária, cada vez mais crescente, de se preocupar em proteger jurisdicionalmente tais interesses.

De acordo com os ensinamentos de MAZZILLI⁴¹, entende-se por difuso o interesse de um grupo (ou grupos) de pessoas, entre as quais não há um vínculo jurídico ou fático muito preciso, tendo como melhor e mais autêntico exemplo o meio

⁴¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Interesses coletivos e difusos**. In: Revista Justitia, nº 54, (157), p. 41.

ambiente. Os interesses difusos não podem deixar de ser incluídos, *lato sensu*, na categoria dos interesses públicos.

Já o interesse coletivo é aquele que atinge uma categoria determinada ou, pelo menos, determinável de pessoas, como por exemplo a dos associados de uma entidade de classe ou a dos consumidores lesados pelo uso de um mesmo produto.

Os direitos difusos seriam o direito de cada um e o de todos ao mesmo tempo, transcendendo à esfera do indivíduo. São chamados, por esta razão, de direitos metaindividuais ou supraindividuais, uma vez que concernem aos indivíduos em si considerados, mas também à coletividade a qual estes indivíduos pertencem.

MARINONI⁴² elenca três modalidades de direitos de cunho transindividual: o direito difuso, o coletivo e o individual homogêneo. Os dois primeiros possuem natureza indivisível. Os direitos difusos são aqueles pertencentes a pessoas indeterminadas e ligadas entre si apenas por circunstâncias de fato, como o direito ao meio ambiente. Já os direitos coletivos são pertencentes a pessoas determináveis, como aquelas que integram uma associação, estando seus membros ligados entre si por uma mesma relação jurídica base. Além disso, várias pessoas podem ser individualmente atingidas por uma mesma situação jurídica, ou possuir relações jurídicas com uma mesma parte contrária, constituindo, em razão disto, um grupo, classe ou categoria. Por fim, os titulares de direitos individuais homogêneos são pessoas determinadas, detentoras de direitos individuais, mas que possuem entre si um ponto de homogeneidade, o qual está na origem comum dos vários direitos. Esta modalidade de direito refere-se a indivíduos que sofrem danos decorrentes de um mesmo fato, ou de vários fatos juridicamente iguais, embora estes possam acarretar danos diferenciados a cada uma das vítimas.

Os direitos coletivos e difusos representam a face mais jovial e contemporânea dos denominados direitos fundamentais, os quais são essenciais à história da evolução do homem e da sociedade em que vive. Seu processo de reconhecimento e valoração é dinâmico e dialético, estando sempre marcado por avanços, retrocessos e contradições. Deve-se ressaltar, entre outros aspectos, a dimensão histórica e relativa dos direitos

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do Processo Civil**, p. 54-55.

fundamentais, uma vez que estes sempre estiveram adequados ao momento histórico - social vigente, transformando-se constantemente.

São o resultado de reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça e/ou agressão a bens jurídicos fundamentais e elementares a todo ser humano. As diversas dimensões que marcam a evolução do processo de reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais revelam que estes constituem uma categoria mutável e aberta. Entretanto, é possível se observar alguma permanência e uniformidade nesta questão.

SARLET⁴³, em sua obra, defende a idéia de que atualmente alguns dos direitos clássicos fundamentais, de primeira e de segunda dimensão, estão sendo revitalizados e até mesmo ganhando em importância e atualidade, face a novas formas de agressão aos valores tradicionais e já consensualmente incorporados ao patrimônio jurídico de toda a humanidade, como os valores da liberdade, da igualdade, da vida e da dignidade da pessoa humana. Conclui-se, portanto, que esta evolução dos direitos fundamentais se processa mais a nível de uma transmutação hermenêutica/interpretativa e da recriação jurisprudencial dos direitos fundamentais já tradicionais, do que da positivação propriamente dita de novos direitos fundamentais, sendo que o direito do consumidor (e diversos outros direitos difusos) se encaixa com perfeição neste idéia de readaptação.

Seção IV - Rumo à defesa do consumidor

Doutrinariamente, o direito do consumidor é classificado como um direito fundamental de terceira dimensão, protetor de um interesse coletivo, difuso por toda a sociedade. Foi com o surgimento e o desenvolvimento do denominado Estado Providência que estes direitos de terceira dimensão (e, particularmente, o direito do

⁴³ SARLET, I. W. Op. cit., p. 54.

consumidor) começaram a ser reconhecidos por ordenamentos jurídicos de todo o mundo.

Com o Estado Providência, houve grande impacto no modo de regulação social do direito. Há uma juridicização da prática social, com o desenvolvimento de novos domínios do direito, sendo que conjugam-se elementos de direito público e privado. As Constituições dos mais diversos países tornam-se terrenos de intermediação e negociação de interesses e valores sociais conflitantes, positivando vários destes novos campos jurídicos, entre eles o relacionado à defesa do consumidor.

No estudo do direito do consumidor, não há como deixar de se analisar criticamente o contexto histórico em que o mesmo foi reconhecido. Esta é a única maneira de se compreender o fundamento histórico de legitimidade do mesmo perante os desejos da sociedade em cujo seio ele nasceu e do Estado que o positivou.

Embora não se possa, evidentemente, falar em uma sistematização da defesa ou da proteção ao consumidor na Antiguidade ou então em períodos históricos mais remotos, apontam alguns autores, a existência de relativa preocupação dos governos em se propiciar aos súditos dos antigos reinados e mesmo nas comunas da Idade Média certa proteção no que dizia respeito à segurança e à saúde, além da qualidade dos produtos adquiridos ou dos serviços prestados, ainda que de forma inconsciente e embrionária. Além disso, há quem denote já no antigo Código de Hamurabi certas regras que, ainda que indiretamente, visavam a proteger o consumidor.

Quanto ao movimento consumerista em si, já com a plena e efetiva consciência dos interesses a serem defendidos e a definição de estratégias concretas para protegê-los, pode-se detectar nos chamados “movimentos dos frigoríficos de Chicago” o despertar desta idéia. Embora contemporâneos, os movimentos trabalhista e consumerista acabaram por cindir-se, mais precisamente pela criação da denominada “Consumer’s League”, em 1891, tendo evoluído para o que é hoje a “Consumer’s Union” dos Estados Unidos.

Percebe-se que não é por acaso que o chamado movimento consumerista caminhou lado a lado com os movimentos sindicalistas, notadamente a partir da segunda metade do século XIX, discursando por melhores condições de trabalho e do

poder aquisitivo, uma vez que ambos os movimentos lutam pela melhoria da qualidade de vida (dentro do binômio evidente poder aquisitivo/aquisição de mais e melhores bens e serviços, qualidade de vida/bem comum), tema que definitivamente se insere na noção de “direitos humanos”, os quais possuem alcance universal. Se é que se pode fazer tal comparação, o consumidor está na mesma situação de **hipossuficiência** que o detentor da força de trabalho experimenta em face do mesmo protagonista da atividade econômica, ou seja, os detentores dos meios de produção.

À medida em que a sociedade se transforma, vai surgindo um novo elenco de aspirações sociais e se produz um novo estado de consciência coletiva, o qual implica em novas exigências para a satisfação das necessidades básicas do ser humano. Este fenômeno ocorreu no período do Estado Providência em relação à defesa do consumidor. Assim, a própria estruturação do Estado, enquanto sociedade política por excelência, passa a revelar não apenas a organização do poder e do tecido social, por intermédio de seu ordenamento jurídico, mas também a disciplinação dos meios de produção com vistas à proteção do consumo, o que representa uma das facetas do bem-comum.

REALE muito bem enuncia a idéia de que o dever do Estado é proteger o bem comum, o qual, nas relações de consumo, é representado pelo interesse geral dos consumidores:

“Se considerarmos, por exemplo, os vários grupos organizados para a produção e circulação das riquezas, necessário é reconhecer que o Estado não se confunde, nem pode se confundir, com nenhum deles, em particular, porquanto cabe ao governo decidir segundo o bem-comum o qual, nessa hipótese, se identifica com o interesse geral dos consumidores.”⁴⁴

FILOMENO⁴⁵ entende que consumidor, abstraídas todas as conotações de ordem filosófica, tão-somente econômica, psicológica ou sociológica, e concentrando-se basicamente em sua acepção jurídica, vem a ser qualquer pessoa física que, isolada

⁴⁴ REALE, Miguel. **Teoria do direito e do Estado**.

⁴⁵ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**, p. 27.

ou coletivamente, contrate para consumo final, em benefício próprio ou de outrem, a aquisição ou a locação de bens, bem como a prestação de serviços. Além disso, há que se equiparar o consumidor à coletividade que potencialmente esteja sujeita ou propensa à referida contratação (como o público-alvo de campanhas publicitárias enganosas ou abusivas, por exemplo).

O consumidor é um dos partícipes da relação de consumo, as quais são relações jurídicas, porém obtemperadas por uma situação de manifesta inferioridade do consumidor frente ao fornecedor de bens e serviços. A relação de consumo possui três características básicas: 1) envolve sempre duas partes bem definidas: o adquirente do produto ou serviço (consumidor) e o fornecedor ou vendedor do produto ou serviço; 2) a relação destina-se à satisfação de uma necessidade privada do consumidor; 3) o consumidor, não dispondo de controle sobre a produção dos bens ou sobre a prestação dos serviços que lhe são destinados, arrisca-se a se submeter ao poder e às condições de seus produtores. Da proteção ou defesa do consumidor procuram se ocupar entidades públicas e privadas, além de líderes comunitários e políticos. Também dela participam o jurista, o economista, o psicólogo, o sociólogo, o empresário e o próprio consumidor.

Com a efetivação da sociedade industrial, ocorrida especialmente através do Estado Providência, engendrou-se uma nova concepção de relações contratuais, onde o ordenamento jurídico leva em conta a desigualdade de fato entre os contratantes. Assim, o legislador procura proteger os mais fracos contra os mais poderosos, o leigo contra o melhor informado, sendo que os contratantes devem sempre se curvar diante da denominada ordem pública econômica. Esta é a positivação e a tentativa de aplicação do princípio da igualdade material, onde se pretende tratar igualmente os iguais, mas desigualmente as pessoas desiguais.

Conforme ponderação de GÉRARD CAS ("La défense du consommateur". Paris: Presses Universitaires de France, 1980), citado por FILOMENO:

“Depois de ter-se manifestado com grande nitidez nas relações entre empregadores e assalariados, a diminuição da liberdade contratual concentra-se hoje nas relações de consumo que se estabelecem entre os profissionais

fornecedores ou distribuidores de produtos e serviços, e os usuários particulares.”⁴⁶

Exemplificando, nessa trilha de preocupações se encontra a Resolução nº 39/248 da ONU (Organização das Nações Unidas), aprovada em 09 de abril de 1985, inspirada em famosa declaração dos direitos internacionais do consumidor, feita pelo Presidente dos EUA, John Kennedy, em 15 de março de 1962, data em que se comemora o dia internacional do consumidor. Esta Resolução traça uma política geral de proteção ao consumidor, tendo em vista os seus interesses e necessidades, especialmente nos países em desenvolvimento, reconhecendo que o consumidor enfrenta desequilíbrio em face da capacidade econômica, nível de educação e poder de negociação dos donos dos meios de produção. Reconhece que todos os consumidores devem ter o direito de acesso a produtos não perigosos, promovendo um desenvolvimento econômico e social justo, equitativo e seguro.

O direito do consumidor, atualmente reconhecido como principal fonte reguladora das relações de consumo, vitais para a sociedade existente no período do Estado Providência, de cunho capitalista e intervencionista, é considerado um dos direitos fundamentais do homem moderno.

Deve se considerar que o direito do consumidor, assim como diversos outros direitos fundamentais de terceira dimensão, já se encontra positivado na maioria dos ordenamentos jurídicos. Entretanto, este reconhecimento não garante sua efetiva realização no seio social. A sociedade se encontra apenas no início do processo de efetivação deste direito, o qual vai proporcionar sua incorporação como regulador máximo das relações de consumo, as quais são essenciais para a sobrevivência da atual sociedade capitalista de mercado, sempre tendo como princípio norteador a proteção do consumidor, parte hipossuficiente desta relação.

Uma vez que os direitos do homem são direitos essencialmente históricos, eles nunca devem ser analisados de modo absoluto e imutável. Em determinada época histórica, a regulação social advinda do Estado Providência (e das características por

⁴⁶ Ibid., p. 41.

ele impressas na sociedade) gerou a necessidade de positivação do direito do consumidor (e de outros direitos de terceira dimensão). Entretanto, diante das transformações sociais e econômicas operadas nas últimas décadas, as quais proporcionaram alterações na estrutura estatal, demonstra ser salutar um questionamento acerca da concreta efetivação deste direito nos dias atuais.

Capítulo III - A CRISE DO ESTADO PROVIDÊNCIA E O DIREITO DO CONSUMIDOR

Seção I – A Crise do Estado Providência

Durante quase todo o século XX, a construção e o desenvolvimento do chamado Estado Providência constituiu a perspectiva de progresso social nos países industrializados da economia mundial. Entretanto, é fundamental se observar que este Estado atualmente está em crise. Primeiramente porque se tornou muito oneroso. A fim de se garantir o custeio, cada vez mais elevado, das despesas sociais, os descontos obrigatórios (arcados pela sociedade civil) tiveram que crescer acentuadamente, ameaçando, assim, a competitividade das empresas e o dinamismo da economia. Desse modo, o Estado Providência transformou-se então em uma organização cada vez mais opaca e burocrática. Entretanto, esta não é apenas uma crise econômica. Antes do tudo, a crise possui caráter cultural e moral, uma vez que os princípios de solidariedade e redistribuição que comandam o Estado Providência já não aparecem com tanta clareza no seio da sociedade.

O Estado Providência se desenvolveu tendo como fundamento a crescente industrialização dos países centrais da economia mundial. Com a destruição rápida das formas tradicionais de solidariedade (familiares e territoriais), o Estado foi obrigado a intervir cada vez mais nos campos social e político, desde o último quarto do século XIX e, sobretudo, desde a Primeira Guerra Mundial. A missão do Estado Providência tem sido favorecer, dentro do quadro nacional, o crescimento econômico do país e a proteção social dos indivíduos. Desse modo, no século XX, o Estado se converteu em um instrumento de transformação e de regulação sociais.

De simples provedor de serviços básicos, no século XIX, o Estado passou até mesmo a atuar como produtor direto de bens e serviços, chegando, na segunda metade do século XX, a ponto de se tornar árbitro dos conflitos nos quais também é parte. É

justamente neste momento, na passagem para o século XX, que o Estado liberal se transforma no Estado Providência, cuja função básica é promover o crescimento econômico, por um lado, e assegurar a proteção dos cidadãos mais desfavorecidos, por outro. O Estado deixa de ser uma associação “ordenadora”, típica do Estado de Direito liberal-clássico, a qual detinha a legitimidade do uso da coação jurídica, renunciando, em contrapartida, à intervenção no campo econômico e social para se tornar uma associação eminentemente “reguladora”, na perspectiva de um Estado Social de Direito.

Entretanto, o Estado Providência, que atinge seu apogeu nos anos 50 e 60, começa a fenecer na década de 70. Esse é o período histórico em que surgiram e se consolidaram os principais fatores responsáveis pelo fenômeno da globalização econômica. Os dois choques do petróleo ocorridos em 1973 e 1979, deflagrando uma grande crise estrutural do sistema financeiro, alterando o fluxo do comércio internacional, desorganizando o modelo econômico de inspiração social-democrata forjado no pós-guerra, provocando uma enorme recessão nos países desenvolvidos e abrindo caminho para uma revolução tecnológica, puseram em cheque o sistema político-jurídico do Estado Providência.

Segundo SOUSA SANTOS⁴⁷, as transformações na estrutura do Estado têm sido tão sentidas que já é possível se falar em um novo período do desenvolvimento da sociedade capitalista, denominado de período do "capitalismo desorganizado". De acordo com o supra referido autor, essa expressão significa, em primeiro lugar, que as formas de organização típicas do Estado Providência estão sendo gradualmente desmanteladas ou reconstituídas em um nível de coerência muito mais baixo, e, em segundo lugar, que, exatamente por esse processo estar acontecendo na atualidade, ainda é muito mais visível a destruição das antigas formas organizativas da sociedade do que o perfil das novas formas que virão a substituí-las.

Na verdade, este mesmo autor reconhece que não se pode dizer que a estrutura capitalista da atualidade seja pautada por uma desorganização. Pelo contrário, pode-se afirmar que o capitalismo está hoje mais organizado do que nunca. Um dos sinais mais

⁴⁷ SANTOS, B. de S. Op. cit., p. 153.

evidentes desta afirmação é o fato de o capitalismo dominar todos os aspectos da vida social, tendo conseguido neutralizar seus "inimigos" tradicionais (como o ativismo operário, o movimento socialista, etc.) No entanto, a expressão "capitalismo desorganizado" é utilizada porque essa organização ainda é muito opaca, sendo que tudo que já é visível ainda possui caráter provisório, como se estivesse a preparar o caminho para um novo modo de regulação. Este representa um período de transição de um determinado regime de acumulação capitalista para outro.⁴⁸

Percebe-se que, na atualidade, as duas grandes promessas que, até certo ponto, concretizaram-se nos países centrais do sistema mundial ao longo do período do Estado Providência – a promessa de uma distribuição mais justa dos benefícios sociais e a promessa de um sistema político estável e relativamente democrático – não tiveram continuidade. Aliás, ambas as promessas estão se deteriorando, através de múltiplas manifestações, entre elas as desigualdades sociais crescentes, o aumento da pobreza, a redução dos recursos e do âmbito das políticas sociais, a deslegitimação ideológica do Estado de bem-estar social, o novo populismo e o clientelismo na política, novos modos de exclusão social e de autoritarismo, exercidos sob os ideais de promoção da autonomia e da liberdade, etc.

É importante se ressaltar que a crise do Estado Providência, a qual tem sido um fato em todos os países industrializados nas últimas décadas, não se resume a problemas de financiamento. Existem mais preocupações além das relacionadas ao equilíbrio entre despesas e receitas do Estado (é fácil se constatar que as despesas com o setor social têm crescido muito mais depressa que as receitas). É ao nível da sociedade e das relações sociais que as maiores questões se desenvolvem. Assim, percebe-se que o principal bloqueio do Estado Providência é de ordem cultural e sociológica. Esta crise econômica e financeira deve ser compreendida simultaneamente como a crise de um modelo de desenvolvimento social e de determinado sistema de relações sociais. O grande questionamento é se saber se o

⁴⁸ Segundo BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, à página 153 de sua supra citada obra, melhor seria dizer que o período atual, do capitalismo desorganizado, representa uma fase de transição de um determinado paradigma societal para outro.

Estado Providência, enquanto forma social e política, pode continuar a ser o único suporte para os progressos sociais e o único agente de solidariedade social.

Geralmente, três afirmações são propostas a fim de se formular um diagnóstico da crise do Estado Providência: a de que este Estado se encontra em um impasse financeiro, a de que sua eficácia econômica e social diminuiu e a de que seu desenvolvimento é contrariado por certas mutações culturais em curso. Na verdade, pode-se dizer que não há uma verdadeira crise no financiamento do Estado Providência. De fato, o que a expressão “impasse financeiro” pretende designar é o problema do grau de socialização tolerável de determinado número de bens e serviços (o que importa são as consequências de ordem social e política deste impasse, que implicam na modificação do equilíbrio social existente entre os indivíduos, as categorias sociais e os agentes econômicos). Constata-se que a dúvida sobre o Estado Providência não pode ser entendida somente do ponto de vista da regulação dos equilíbrios econômicos que o regem, uma vez que um abalo muito mais profundo se manifesta: são as relações da sociedade com o Estado que são questionadas na atualidade.

ROSANVALLON⁴⁹ elenca algumas explicações possíveis para o aparecimento desta crise do Estado Providência: 1) Existe, neste contexto de crise, a formação de uma dúvida crescente acerca da igualdade como finalidade social. Paralelamente a isso, a produção de segurança e de solidariedade pelo Estado, através de grandes interfaces, mostra-se cada vez mais opaca. Surge, assim, uma interrogação quanto aos limites da solidariedade automática, tão característica do Estado Providência; 2) Em um contexto de crise econômica, é natural a sociedade tornar-se menos exteriorizada, uma vez que o crescimento econômico deixa de desempenhar o seu papel de incentivador social. Nesses períodos, a problemática do vínculo social e do “viver em conjunto” aparece de modo mais direto. No entanto, paradoxalmente, a crise atual não aparece de forma explosiva, pois a sociedade permanece “fria”; 3) O Estado Providência sempre foi atacado por certos interesses contrários. Porém um compromisso social sempre presidiu sua existência e seu crescimento. O que muda na

⁴⁹ ROSANVALLON, P. Op. cit., p. 25-26.

atualidade é que esses ataques têm encontrado eco em setores da própria opinião pública, outrora mais interessada na progressão do Estado Providência. Em outros termos, pode-se dizer que há um entrecruzamento de críticas da direita com insatisfações da esquerda.

A dinâmica do Estado Providência repousa em um programa ilimitado, de libertação da sociedade da necessidade e do risco, de acordo com a obra do supra referido doutrinador⁵⁰. Este programa está no cerne de todos os sistemas de proteção social, dando legitimidade ao próprio Estado. É ilimitado uma vez que a noção de necessidade é tão vaga e confusa quanto seu corolário, que é a idéia de satisfação (responder a uma necessidade é satisfazê-la). A necessidade nasce da constatação de uma diferença e do desejo de reduzi-la. Portanto, constata-se que a idéia de libertação da necessidade reforça a noção de igualdade. Neste sentido, o Estado Providência é produto da moderna cultura democrática e igualitária. Entretanto, na atualidade, tem emergido, ainda de modo difuso e confuso, um grande problema: um questionamento quanto ao sentido da dinâmica igualitária desse Estado Providência. Na verdade, não é a diminuição do crescimento social em si que constitui um problema, mas sim a relação da sociedade com sua própria transformação, sendo que esta relação vem sendo insensivelmente modificada por essa diminuição. Desse modo, percebe-se que há uma crise das representações do futuro. E, desse modo, a perspectiva dominante prevê a manutenção das conquistas que estão sendo ameaçadas.

ROSANVALLON⁵¹ enuncia, com razão, que esta explicação, todavia, não é suficiente, pois não é apenas a relação da sociedade com seu futuro que está em causa. O futuro da própria estrutura social está sendo questionado, através da dúvida quanto às finalidades do Estado Providência, uma vez que o verdadeiro problema é o da igualdade na sociedade. Este valor da igualdade funcionou intelectualmente bem (o que não quer dizer sem lutas sociais intensas), enquanto inscrito em normas jurídicas, civis (de igualdade de todos perante a lei) ou políticas (o sufrágio universal). No entanto, o mesmo não ocorreu quando se tratou de lhe dar uma tradução social e

⁵⁰ Ibid., p. 26-27.

⁵¹ Ibid., p. 29.

econômica. Não se pode negar que a igualdade funcionou no domínio econômico e social (expressa como a vontade de redução das desigualdades) de um modo diferente que no domínio civil e político (onde se traduz pela determinação de uma norma idêntica para todos). Os procedimentos não são simétricos: de um lado, há a tentativa de redução de desigualdades, sem a fixação de um objetivo gerador de identidade; já do outro, há a produção de igualdade geradora de identidade. O que se constata é que não se encontra, atualmente, ninguém que não considere (pelo menos publicamente) a redução das desigualdades econômicas e sociais um objetivo social fundamental da sociedade. Contudo, não se reivindica a igualdade geradora de identidade neste domínio. Este paradoxo central de todas as sociedades democráticas é onde se encontra o núcleo do abalo intelectual do Estado Providência.

O abalo intelectual do Estado Providência corresponde a uma crise da solidariedade. O Estado Providência, por ser um agente de redistribuição e, portanto, de organização da solidariedade, funciona como uma grande interface, substituindo o face-a-face dos indivíduos e dos grupos. Ao mesmo tempo, apresenta-se, para estes últimos, como um sistema autônomo e independente deles. Assim, isolada das relações sociais reais que a estruturam, a organização da solidariedade torna-se mais abstrata. Desse modo, o Estado Providência procede automaticamente a um verdadeiro embaralhamento das relações sociais. E é neste sentido que se pode falar em uma solidariedade automática característica desse período.

Atualmente, a interface estatal tornou-se muito opaca e, sobretudo, os mecanismos de expressão desta solidariedade automática estão cada vez mais isolados das diversas formas de sociabilidade intermediárias. Disso resulta um custo cada vez mais elevado dos serviços sociais prestados pelo Estado Providência em relação ao que representariam os custos desses mesmos serviços em um nível mais descentralizado. A solidariedade automática não produz efeitos indesejáveis apenas através do desenvolvimento dos fenômenos de interface. Mostra-se também cada vez mais ineficaz economicamente, devido à sua inadaptação no âmbito sociológico. A perda de autonomia e o isolamento crescente dos indivíduos para quem o Estado é o principal recurso ajudam a alimentar esta crise. A solidariedade não pode ser concebida como o

produto automático dos mecanismos do mercado ou como o resultado automático do funcionamento do Estado Providência. Ela somente pode ser exercida se a moral social que traduz tiver um mínimo de visibilidade dentro das relações sociais. Assim, conclui-se que a crise do Estado Providência corresponde ao atingimento dos limites da expressão automática da solidariedade social.

Nos dias de hoje, há um contexto de renascimento das idéias liberais no seio social. O foco principal dessas correntes se localiza nas políticas de desregulação. Percebe-se que o liberalismo deve ser entendido nos dias de hoje em seu sentido mais amplo, de doutrina baseada na denúncia de um papel demasiado ativo do Estado e na valorização das virtudes reguladoras do Estado. O denominado neoliberalismo já não é apenas uma teoria defensiva, mostrando-se como uma forma de crítica social. Segundo ROSANVALLON⁵², é forte sobretudo porque se reconhece como relativo, uma vez que não nega as falhas do mercado, mas demonstra que estas são menores que as da burocracia advinda do Estado Providência. No cerne da argumentação neoliberal está a idéia de que dois Estados coexistem no Estado moderno: um Estado de Direito, guardião da democracia e garantidor das liberdades essenciais, e um Estado intervencionista, destruidor dessas mesmas liberdades. Seria necessário, portanto, reduzir ou suprimir o segundo Estado para se conservar apenas o primeiro. A perspectiva neoliberal, vigente em um número crescente de países do sistema mundial nos últimos anos, tem se contentado em opor, de modo muitas vezes insuficiente, as virtudes do mercado à rigidez do Estado de bem-estar social e redistribuidor.

De acordo com o pensamento de SOUSA SANTOS⁵³, as maiores transformações percebidas no período atual, de crise do Estado Providência, parecem estar a ocorrer sob a égide do princípio do mercado, o qual se configura mais hegemônico do que nunca nas bases da regulação social. Esta constatação produz um excesso de sentido, que acaba por invadir o princípio do Estado e o princípio da comunidade (característicos do Estado Providência), tendendo a dominá-los de forma muito mais profunda do que nos períodos anteriores da modernidade.

⁵² Ibid., p. 48.

⁵³ SANTOS, B. de S. Op. cit., p. 154.

O enorme crescimento dos mercados mundiais, juntamente com o surgimento de sistemas mundiais de produção e de agentes econômicos transnacionais, minou a capacidade do Estado de regular o mercado a nível nacional. A expansão extensiva do mercado acompanha a sua expansão intensiva, como bem demonstram a ideologia cultural do consumismo (com a crescente diferenciação dos produtos e individualização dos gostos, e o conseqüente aumento do número de escolhas) e a progressiva mercadorização da informação e da comunicação social (a qual oferece oportunidades virtualmente infinitas para a reprodução do capital). Estes e outros fatores ajudaram a provocar um espetacular crescimento do princípio do mercado na atualidade.

Também o princípio do Estado está a sofrer transformações drásticas. Certos fatores, como a ideologia e a prática do neoliberalismo, em combinação com as operações transnacionais das grandes empresas e das agências internacionais, geraram um certo enfraquecimento do protagonismo do Estado como ator no sistema mundial. Não se pode deixar de mencionar que este é um processo complexo, ainda em curso e cheio de contradições, porém, de modo geral, pode-se afirmar que o Estado parece estar perdendo o papel de unidade privilegiada de análise e de prática social. Desregulação, privatização, mercado interno do Estado, ressurgimento da comunidade são algumas das denominações do variado conjunto de políticas estatais, utilizadas com o objetivo comum de se reduzir a responsabilidade do Estado na produção do bem-estar social.

É importante se colocar que, na visão de SOUSA SANTOS⁵⁴, a relativa perda de protagonismo do Estado gera diferentes implicações, conforme se trate de Estados de centro, de semiperiferia ou de periferia do sistema econômico mundial. Isto porque os Estados periféricos tendem a ficar cada vez mais limitados (como vítimas ou como parceiros) ao cumprimento das determinações vindas do capital financeiro e industrial transnacional, sendo que estas determinações são estabelecidas pelas organizações internacionais controladas pelos Estados centrais. Estas determinações (advindas do liberalismo econômico), abalam a tal ponto a já frágil componente social do Estado,

⁵⁴ Ibid., p. 155.

que esses países periféricos acabam por assumir esta noção de crise do Estado Providência sem nunca terem usufruído efetivamente dos benefícios deste.

O princípio, nunca acabado, da comunidade retrocedeu, no período atual, para um estado maior de marginalização. Durante do Estado Providência, ocorreu a transformação de uma obrigação política horizontal (de cidadão para cidadão), característica do princípio da comunidade, em uma dupla obrigação política vertical (do contribuinte em relação ao Estado e do beneficiário da segurança social em relação ao Estado), como o resultado de um complexo processo político, onde as práticas e as políticas de classe desempenharam um papel determinante.

No entanto, no período atual, o conjunto de alterações provocadas nos princípios do Estado e do mercado acabou por limitar e descaracterizar as práticas e as políticas de classe (ex: a tendência para uma relação salarial mais precária ou flexível). Estas também foram afetadas por modificações nas próprias estruturas de classe (ex: a segmentação nacional e transnacional dos mercados de trabalho, o aumento do desemprego e do subemprego, a expansão do setor informal, a difusão da ideologia cultural do consumismo).

Porém, é importante se salientar que nas últimas décadas o princípio da comunidade tem sido, de certo modo, reativado, não através de uma forma centrada e derivada no Estado-nação, como durante o Estado Providência, mas de uma forma aparentemente mais autónoma. Em uma posição mais conservadora, a idéia de retração do papel do Estado nas relações sociais traduziu-se na privatização das políticas sociais, mas também no apelo a um ressurgimento de redes tradicionais de solidariedade, reciprocidade e auxílio mútuo, como forma de recuperação da autonomia coletiva destruída ou considerada anacrônica pelo período anterior. Em uma posição mais progressista, a tônica recai na visão de que o Estado não pode vir a assumir o monopólio de todo o bem-estar social de que a sociedade necessita. Assim, deve-se incentivar a criação de um terceiro setor, situado entre o Estado e o mercado, que venha a organizar a produção e a reprodução (a segurança social), de forma socialmente útil, através de movimentos sociais e de organizações não governamentais

(ONGS), em nome de uma nova solidariedade, comandada pelos novos riscos contra os quais nem o mercado nem o Estado pós-intervencionista oferecem garantia.

Seção II - Reflexos da crise estatal na esfera jurídica

Uma vez que a crise do Estado Providência não se resume a um problema de ordem econômica, gerando implicações também no âmbito político, social e cultural, não se pode deixar de considerar os reflexos de todos estes questionamentos na esfera jurídica. Pode-se dizer que atualmente um novo sistema normativo cresce e se consolida, a partir de uma tensa e intrincada pluralidade de pretensões materiais, resultantes de uma economia em fase de globalização, de uma sociedade cada vez mais diferenciada e de um Estado obrigado a desempenhar tarefas múltiplas e por vezes até mesmo contraditórias.

Desde o início da década de 70, o modo de regulação até então prevalecente na estrutura social vem sofrendo uma considerável deterioração nos países centrais da economia mundial, como uma das faces de uma crise multifacetada do Estado Providência. Muitas das transformações ocorridas na organização estatal características deste período provocaram consequências no estatismo e no cientificismo do direito. No entanto, é importante se frisar que qualquer análise desta crise do Estado Providência deve ser feita em caráter provisório, pois tanto as transformações sociais quanto seus efeitos no campo jurídico ainda estão em curso.

Na atualidade, incentivada por uma revolução tecnológica contínua e cada vez mais desenvolvida, a globalização econômica deixou de ser apenas uma possibilidade para se tornar um fato. Vencida a fase inicial, que impunha o desafio da integração dos mercados, vive-se agora a fase dos desdobramentos institucionais e jurídicos deste fenômeno. Desse modo, estudar a crise do Estado Providência representa também se promover a uma análise do impacto causado pela revolução tecnológica e pela globalização econômica sobre o sistema jurídico-positivo forjado a partir dos pilares

institucionais do Estado Democrático de Direito de inspiração liberal-clássica, dos quais se destacam o princípio da soberania nacional, a idéia de Constituição e o primado do equilíbrio entre os poderes.

No plano externo, o Estado Providência já não pode pretender regular a sociedade civil nacional de maneira soberana. E, no plano interno, sua ação não permite a ele resolver a crise, aparecendo como impotente. A distância entre a vontade estatal e a realidade e entre a lei e sua aplicação vai crescendo cada vez mais. Incapaz de impor uma regulação social, e aprisionado entre um nível internacional mais coativo e um nível infranacional que procura liberar-se de sua tutela, o Estado Providência se encontra em uma crise de legitimidade. As forças econômicas e sociais, as demais instâncias (internacionais, regionais ou locais), que pretendem desempenhar um papel mais ativo que antes na regulação social, querem recuperar partes das prerrogativas do Estado nacional.

A ideologia dominante no Estado moderno identifica Estado e ordenamento jurídico, consolidando-se, assim, a idéia de Estado Democrático de Direito como um dos conceitos políticos fundamentais do mundo moderno. Trata-se de um Estado resultante de determinado padrão histórico de relacionamento entre o sistema político e a sociedade civil, institucionalizado através de um ordenamento jurídico-constitucional, desenvolvido e consolidado em torno de um conceito de poder público em que se diferenciam a esfera pública e o setor privado, o sistema político-institucional e o sistema econômico, os interesses individuais e o interesse coletivo.

No entanto, esse padrão de relacionamento começou a apresentar problemas operacionais com a expansão das lutas sindicais, na passagem do século XIX para o século XX, entrando definitivamente em colapso com a crise estrutural do sistema financeiro do capitalismo concorrencial, na década de vinte do século XX. Surge a necessidade de se obter respostas cada vez mais rápidas e eficazes a questões econômicas, administrativas, comerciais e financeiras concretas, não previstas e não regulamentadas pelo ordenamento jurídico-constitucional de inspiração liberal-clássica. Desse modo, o Estado se viu obrigado a editar sucessivas normas de comportamento, organização e programáticas, que acabaram por produzir inúmeros

micro-sistemas legais. Devido a essas transformações e à produção desenfreada de textos legais, a concepção do direito como um sistema basicamente fechado, hierarquizado e axiomatizado de normas de conduta, típica do século XIX, foi sendo progressivamente substituída pela visão do direito como um conjunto de normas de organização, sob a forma de “rede” (caracterizada pela multiplicidade de suas regras, pela variabilidade de suas fontes e, principalmente, pela provisoriedade de suas estruturas normativas, que são quase sempre parciais e mutáveis). Somente assim o ordenamento jurídico se torna apto a capturar a crescente complexidade da realidade sócio-econômica.

Se o Estado tem se transformado ao transcorrer dos séculos, o direito moderno, enquanto principal meio ou instrumento de regulação estatal, também tem mudado. O direito do Estado liberal se destinava à proteção dos direitos dos indivíduos contra toda pretensão de interferência do Estado em sua vida privada. Tornam-se necessárias regras gerais, abstratas e previsíveis. Antes de tudo, protege-se o direito de propriedade, da liberdade de comércio e de indústria e a liberdade de contratar. Já o direito do Estado Providência é visto como um instrumento a serviço de metas concretas. Considera-se então o direito como uma técnica de gestão e de regulação da sociedade, sob o controle do aparato estatal. Se a forma jurídica não mudou (regras gerais, abstratas e previsíveis), sua formação tomou o caráter de um direito negociado com as forças sociais nacionais. Assim, a distinção clara entre interesse público e interesse privado, existente no período do capitalismo liberal, tornou-se inviável por causa da interpenetração progressiva das esferas pública e privada.

Atualmente, a desadaptação das intervenções do Estado, devido às transformações econômicas e políticas, às quais se acrescenta a onda neoliberal e anti-estatal, tem provocado um retrocesso (ao liberalismo) e uma deslegitimação da regulação social estatal. De fato, existe hoje um deslocamento e uma fragmentação das instâncias legitimadas a promulgar regras. O Estado de Bem-Estar social, tal como instância central da regulação social, encontra-se superado por instâncias internacionais, regionais, locais e empresas.

Uma vez que se encontrava condicionado por dois princípios conflitantes, o da legalidade (típico do Estado liberal) e o da eficiência das políticas públicas no campo social e no econômico (típico do Estado Providência), o Estado passa a agir de modo paradoxal, gerando uma profunda "inflação jurídica"⁵⁵, em nome da estabilização econômica e da retomada do crescimento social. De acordo com FARIA, ao provocar a desvalorização do instrumental jurídico que o Estado possui ao seu dispor, essa legislação inflacionada torna-se um dos principais fatores responsáveis tanto pelo agravamento das tensões entre a estrutura das negociações coletivas e o conflito distributivo aguçado pela globalização econômica, quanto pelo decrescente grau de efetividade do poder de regulação, direção e intervenção do Estado.

No primeiro caso, essas tensões são evidenciadas pelo fato de que, apesar dos esforços para ver suas demandas consagradas como direitos e convertidas em obrigações do Poder Público, sindicatos, movimentos comunitários e entidades representativas tendem a ver suas conquistas, consagradas formalmente em textos legais, esvaziadas por um sistema jurídico que, de tanto ter ampliado o seu número de normas, torna-se ineficaz e impotente. No segundo caso, quanto mais procura disciplinar e regular todos os espaços e dimensões do sistema econômico, menos o Estado parece capaz de expandir o seu raio de ação e de mobilizar os instrumentos de que formalmente dispõe para exigir respeito às suas ordens.

Incapazes de assegurar uma efetiva regulação social, no âmbito de uma economia globalizada, despreparados para administrar conflitos coletivos pluridimensionais por meio de sua engenharia jurídico-positiva concebida para lidar basicamente com conflitos unidimensionais e interpretações individuais, impotentes diante da multiplicação das fontes materiais do direito e sem condições de deter a diluição de sua ordem normativa, gerada pelo advento de um efetivo pluralismo jurídico, os Estados Nacionais encontram-se, assim, em uma grave crise de identidade.

Um dos mais consistentes debates que ocorre na atualidade centra-se na crítica à

⁵⁵ FARIA, José Eduardo. **Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas**, p. 09.

juridicização do mundo social ocorrida no período do Estado Providência⁵⁶. Este modelo estatal promoveu a instrumentalização política do direito até atingir os seus limites, os quais representam também os limites do próprio Estado Providência. Na realidade, segundo SOUSA SANTOS⁵⁷, esses limites denunciam disfunções, resultados contraproducentes e efeitos perversos, os quais se revelam no campo jurídico de múltiplas formas. Em primeiro lugar, revelam-se como manifestações da “colonização” da sociedade: ao submeter formas de viver concretas e contextualizadas a uma burocratização e monetarização abstratas, a regulação jurídica destrói a dinâmica orgânica e os padrões internos de autoprodução e auto-reprodução das diferentes esferas sociais. Desse modo, embora vise a integração social, a regulação jurídica acaba por promover a desintegração social. Já em segundo lugar, essas disfunções revelam-se como uma “materialização” do direito: ao expandir a sua autoridade reguladora sobre a sociedade, o direito acaba prisioneiro da política e dos subsistemas regulados. Por fim, as disfunções redundam em uma ineficácia do direito: é muito provável que a discrepância da lógica interna e da autoprodução dos padrões do direito com os padrões das outras esferas da vida social reguladas pela esfera jurídica torne a regulação jurídica ineficaz ou contraproducente.

O desenvolvimento do intervencionismo estatal, durante o período do Estado Providência, veio a modificar as condições do direito moderno, quer como direito estatal, quer como direito científico. Essas transformações, porém, não indiciaram qualquer crise do direito em si. Na verdade, a crise surge nas áreas sociais reguladas pelo direito (como a família, o trabalho, a educação, a saúde, etc.), quando se mostrou evidente que as classes populares careciam de força política para garantir a continuidade das medidas estatais de proteção social. Assim, a autonomia do direito estatal ficou reduzida à sua especificidade operacional de instrumento da intervenção estatal, sendo que o cientificismo jurídico, teve participação crucial neste processo.

⁵⁶ Na realidade, como bem coloca BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS à página 160 de sua supra citada obra, deve-se constatar que o paradigma jurídico-político que deu origem ao absolutismo jurídico e à juridicização total da vida social, tão característica do segundo período do desenvolvimento do capitalismo, não foi uma invenção do Estado Providência, tendo sido elaborado no período do capitalismo liberal, como parte do programa velado do Estado constitucional.

⁵⁷ Ibid., p. 158.

Não se pode esquecer que a autonomia do direito *frente* ao Estado foi transformada na autonomia do direito *dentro* do Estado, a partir da redução do direito a direito do Estado, levada a cabo pelo Estado liberal constitucional no século XIX.

Para SOUSA SANTOS⁵⁸, nenhuma das críticas feitas ao Estado Providência pode ser formulada de modo a se sugerir uma responsabilidade fundamental do sistema jurídico na crise deste modelo estatal. Apesar da constatação de que o padrão dominante de proteção social (uma organização burocratizada, baseada em uma crescente dependência e clientelização dos cidadãos beneficiários, orientada para a monetarização das relações sociais e para práticas consumistas) é resultado direto de um sistema institucional em que o ordenamento jurídico teve papel nuclear, percebe-se também ser verdadeiro que, nas condições estabelecidas pelo Estado capitalista moderno, mesmo que se tivesse adotado um padrão diferente, o sistema jurídico teria desempenhado um papel igualmente decisivo, por mais diferentes que tivessem sido as formas jurídicas de organização e de funcionamento utilizadas. Na realidade, o grande questionamento que se faz acerca do Estado Providência não diz respeito ao sistema jurídico por ele estabelecido, mas sim à viabilidade política e econômica desse padrão de proteção social no sistema capitalista atual.

Trata-se, portanto, da crise de uma forma política (o Estado Providência), e não da crise de uma forma jurídica (o direito autônomo). Na verdade, o direito autônomo desapareceu muito tempo antes, com a consolidação do Estado moderno. SOUSA SANTOS enuncia:

"(...), o direito moderno, enquanto conceito muito mais amplo do que o direito estatal moderno, está indiscutivelmente em crise, não devido à sobre-utilização (comparada com quê?) que o Estado fez do direito moderno, mas devido à redução histórica da sua autonomia e da sua eficácia à autonomia e eficácia do Estado."⁵⁹

⁵⁸ Ibid., p. 163.

⁵⁹ Ibid., p. 160-161.

Em suma, o que está em causa é a avaliação política de uma determinada forma de Estado, o Estado Providência, o qual, no pós-guerra surgiu em uma pequena minoria de países centrais do sistema econômico mundial. Por isso, a crise do direito regulatório diz relativamente pouca coisa sobre as transformações profundas que, no domínio do direito, da economia e da política, estão a acontecer em todo o sistema mundial no período corrente.

Já ROTH⁶⁰ não nega a existência de uma crise do direito na atualidade, que se reflete na dificuldade que tem o Estado para aplicar seus programas legislativos e no reconhecimento da existência de um pluralismo jurídico. Desse modo, o Estado perde sua pretensão de detenção do monopólio de promulgar regras. Agora cada Estado tem de levar em consideração a situação internacional para promulgar leis de caráter nacional, em setores cada vez mais numerosos. A consequência dessa evolução na técnica jurídica é uma maior flexibilidade do caráter autoritário do direito e de sua dispersão em vários níveis de formulação. A legislação nacional perde seu caráter detalhista para limitar-se a ser um direito mais geral e flexível, suscetível de produzir uma particularização e uma privatização da regulação jurídica. Para este autor, a interdependência crescente dos países, assim como a complexidade dos problemas novos (meio-ambiente e direito do consumidor, por exemplo) e a rapidez das mudanças levaram quer à impossibilidade da seqüência do mesmo modo de produção e de aplicação das regras jurídicas, quer a uma crise do direito.

Seção III - Crise do Estado Providência e tutela do direito do consumidor

Com o fenômeno da globalização econômica, ocorrido em todo o mundo a partir da década de 80, surge uma série de rupturas institucionais nas estruturas jurídicas e políticas legadas pelo Estado liberal do século XIX e pelo Estado

⁶⁰ ROTH, André-Noël. **O Direito em crise: fim do Estado Moderno?** In: *Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas*, p. 21.

Providência do século XX, além da progressiva deterioração da organicidade de seu sistema jurídico. Algumas das rupturas mais importantes são: a mundialização da economia, mediante a internacionalização dos mercados financeiro, de consumo e de insumo; a desconcentração do aparelho estatal, mediante a privatização de empresas públicas, a deslegalização da legislação social, a desformalização de suas responsabilidades; a internacionalização do Estado, mediante o advento dos processos de integração; a desterritorialização e reorganização do espaço de produção, com uma flexibilização das relações contratuais e uma desregulamentação da legislação trabalhista; a fragmentação das atividades produtivas nos diferentes territórios; a expansão de um direito paralelo ao estatal, de natureza mercatória, com os foros de negociações descentralizados das grandes empresas.

O denominador comum de todas essas rupturas é o enfraquecimento da soberania e da autonomia dos Estados nacionais. Por um lado, o Estado não pode mais pretender regular a sociedade civil nacional por meio de seus instrumentos jurídicos tradicionais, dada a crescente redução de seu poder de intervenção, controle, direção e indução. Por outro lado, ele é obrigado a compartilhar sua soberania com outras forças que transcendem o nível nacional.

A crise atual do Estado indica que os mecanismos econômicos, sociais e jurídicos de regulação, postos em pé há aproximadamente um século, já não funcionam mais. Com a insuficiência dos instrumentos tradicionais de regulação frente à crescente complexidade da vida contemporânea, obrigou-se o surgimento de uma "inflação jurídica", isto é, criou-se um número indiscriminado de novas leis e institutos, a fim de se tutelar novas matérias, originado diversos subsistemas de regulação.

Na medida em que o sistema normativo cresce e se inflaciona, comportando um aumento incessante do número de regras, códigos e leis, além do surgimento de novas matérias de regulação, a tendência é ocorrer o esvaziamento da própria função da lei. Essa excessiva acumulação de leis pode vir a tornar praticamente impossível o seu acatamento por seus destinatários e sua aplicação efetiva pelo Judiciário, ocasionando, por consequência, a desvalorização progressiva do direito positivo e o impedindo de

exercer satisfatoriamente suas funções controladoras e reguladoras. Como já referido na seção anterior, este fenômeno gera uma forte tensão, pois sindicatos, movimentos comunitários e entidades representativas tendem a ver suas conquistas, consagradas formalmente em textos legais, esvaziadas por um sistema jurídico que, de tanto ter ampliado o seu número de normas, torna-se ineficaz e impotente.

Além de se analisar o descompasso existente entre as transformações políticas, a globalização econômica e a reforma social, é imperioso se avaliar seu impacto sobre a efetividade dos direitos fundamentais. A consagração e a positivação dos direitos fundamentais, em suas diversas dimensões, deu-se dentro da estrutura social e dos princípios orientadores do Estado moderno. Assim, em um momento de crise do Estado que os criou, de transição para um novo regime de acumulação de capital (ou, quiçá, para um novo paradigma societal), nada mais lógico que se questionar a permanência e a real efetivação desses direitos humanos, uma vez que a crise multifacetada do Estado gera conseqüências na esfera jurídica.

É importante se perguntar: embora haja o reconhecimento formal dos direitos fundamentais pelo ordenamento jurídico em vigor, até que ponto eles, de fato, vêm sendo respeitados? Em que medida, apesar de sua vigência formal, eles são materialmente eficazes? O que justifica essas indagações é a consciência de que os direitos humanos têm tido uma trajetória histórica paradoxal, especialmente nos países periféricos, pois quanto mais são afirmados, incorporando-se no texto das Constituições e no discurso dos líderes políticos, empresariais, sindicais, comunitários e religiosos, mais tendem a se abrir em direção a um futuro sempre concebido como uma incógnita (e jamais como uma certeza).

Se, por um lado, existe a elaboração de um modelo estatal (do Estado Providência) que pressupõe a construção de uma sociedade solidária e o enfrentamento das questões materiais (individuais e coletivas), além da assunção do embate frente aos temas fundamentais da contemporaneidade, como os relativos à degradação ambiental e os provenientes das novas relações sociais e tecnológicas (como as relações de consumo e o acesso a informações via processos informáticos, etc.), por outro, há todo um processo de crise no qual está imerso o modelo do Estado de Bem-Estar social.

Fala-se em três crises que se seguem e que de certa forma convivem. Da crise financeira, que colocou em questionamento a capacidade de financiamento em níveis razoáveis dos serviços sociais prestados pelo Estado, passou-se à crise ideológica, a qual reivindica a interrogação frente às formas de organização e de gestão destes mesmos serviços. Por fim, chega-se à crise filosófica, a qual vai propor a revisão de conceitos básicos próprios ao Estado Providência, como a solidariedade e os direitos sociais.

Ao mesmo tempo em que se avança na conquista de resguardo jurídico para novos interesses e na redefinição do papel do Direito na garantia desses direitos, são os próprios instrumentos jurídicos utilizados para fazer face a tais pretensões que se vêem abalados em seus fundamentos pela crise atual. Da mesma forma que se questiona até que ponto pode ainda avançar o modelo do Estado de Bem-Estar social (e, assim mesmo, considerá-lo ainda um Estado Liberal), deve-se indagar também o quanto se pode retirar do conteúdo normativo deste Estado Providência (e, ainda, possa-se considerá-lo um Estado como tal).

Constata-se que as recentes mudanças econômicas do mundo contemporâneo vêm relativizando a autonomia dos Estados nacionais. A distância crescente entre a legislação e a realidade, as dificuldades da aplicação dos programas estatais, a interpenetração entre os domínios públicos e privados têm provocado reflexões e ensaios de novas práticas administrativas, jurídicas e políticas. Uma das principais causas, se não for a principal, dessa crise atual, encontra-se no fenômeno da globalização. Essa crescente interdependência entre os Estados tem influído cada vez mais na definição das políticas públicas internas de cada Estado nacional.

É importante se refletir, frente à crise multifacetada por que passa o Estado Providência, como fica a situação específica dos direitos fundamentais denominados de "terceira dimensão", positivados exatamente neste período histórico. A consagração desses direitos inspirou-se nos princípios orientadores do próprio Estado Providência, como as noções de solidariedade, fraternidade e comunidade. Com o atual questionamento e redimensionamento desses princípios por parte da sociedade, é possível se afirmar a manutenção desses direitos fundamentais?

E mais especificamente, em relação ao direito do consumidor (também considerado direito fundamental de terceira dimensão)? Fenômenos como a perda da autonomia dos Estados, a globalização econômica, a internacionalização dos Estados, a flexibilização de legislações e Constituições, a descentralização e a desterritorialização da produção, podem vir a afetar a tutela e a efetivação do direito do consumidor?

No período atual, houve uma grande mudança de visão quanto aos princípios do Estado e da comunidade. Eles perdem força, uma vez que o que prevalece hoje é o princípio do mercado. Há um forte retorno às idéias liberais, de não interferência estatal nas relações sociais, regidas somente pelas regras do mercado, sob a forma de um neoliberalismo. Como decorrência dessa prevalência do mercado, tem sido muito influente na sociedade a ideologia cultural do consumismo, com a crescente diferenciação dos produtos e individualização dos gostos, e o conseqüente aumento do número de escolhas. Desse modo, não há como se afastar a tutela oferecida pelo direito do consumidor. Em face de todos os fenômenos que ocorrem atualmente na maioria dos países do sistema mundial (como a globalização, internacionalização, neoliberalismo, fragmentação da produção, criação de foros privados de solução de litígios comerciais, etc.), a proteção ao consumidor, enquanto parte hipossuficiente da relação de consumo, não pode ser abandonada. Pelo contrário, deve ser incrementada e efetivada por todos os Estados nacionais, assim como a nível internacional, com sua universalização através de tratados, acordos e convenções.

Assiste-se hoje a uma privatização da esfera pública, assim como a uma publicização da esfera privada. A relação de força entre o Estado nacional (com o poderio político) e os proprietários dos meios de produção (donos do poderio econômico), causadores da globalização da economia e da mobilidade e da internacionalização das empresas comerciais, resulta mais favorável aos últimos. E, como o êxito da coação jurídica (ou seja, o modo e o conteúdo da regulação social), está diretamente limitado por essa relação, o poderio econômico pesa mais sobre as políticas sócio-econômicas internas. O poder econômico vence o poderio político. Outras instâncias decisórias multiplicam-se em vários lugares, em níveis diferentes ao

Estado. Assim, o Estado moderno, como única instituição de legitimação da coação jurídica, encontra-se dissolvido dentro de uma infinidade de instâncias de promulgação e aplicação de regras jurídicas. Dentro desse contexto, a proteção dos direitos fundamentais do cidadão, inclusive do direito do consumidor, face à força do poder econômico dos proprietários dos meios de produção, não pode deixar de ser uma das funções essenciais do Estado, com o objetivo de se garantir as condições mínimas de dignidade humana.

Uma vez que o espírito democrático (essencial para o Estado moderno) é o fator que permite o desenvolvimento das demandas sociais, mesmo sob o risco de que isto possa produzir alguns impasses (como atualmente se vislumbra), em razão mesmo das respostas produzidas, será a mesma democracia (e o Estado Democrático de Direito) que permitirá o encontro de alternativas suficientes e eficientes para a construção de um novo espaço social, com a proteção dos direitos essenciais aos cidadãos, garantindo sua dignidade mínima. O que parece inquestionável é que este novo espaço social estará caracterizado inevitavelmente por aqueles interesses denominados de transindividuais ou difusos (entre eles a proteção ao consumidor), na medida em que estes autorizam supor o reforço da solidariedade.

Com relação aos direitos humanos (em todas as suas dimensões), FARIA⁶¹ enuncia com propriedade:

“(…), limitá-los ou confiná-los apenas à esfera das instituições políticas governamentais e/ou aceitar como inexoráveis as razões, os poderes e as prescrições que vão expandindo a racionalidade técnico-instrumental da nova ordem econômica internacional é deixar os homens à mercê de engrenagens burocráticas públicas ou privadas, reduzindo-os apenas e tão somente ao status de 'incluídos' (e, por conseguinte, meros 'cidadãos-servos') numa economia globalizada e flexibilizada ou de 'excluídos' (e, por consequência, vivendo como 'párias', sem condições materiais para exercer e usufruir os direitos mais elementares consagrados pelas leis, pelos códigos e pelas constituições em vigor).”

⁶¹ FARIA, José Eduardo. **Democracia e Governabilidade: os Direitos Humanos à luz da Globalização Econômica**. In: *Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas*, p. 159.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho monográfico pretendeu analisar, de modo crítico, o contexto histórico de surgimento do direito do consumidor, isto é, as características da sociedade e do Estado que primeiramente o reconheceu (denominado pela doutrina de Estado Providência). Procurou-se demonstrar os motivos e as necessidades sociais que levaram a seu reconhecimento pelos ordenamentos jurídicos, sendo que o direito do consumidor é uma das principais manifestações dos novos tipos de juridicidade surgidos com o desenvolvimento do Estado Providência.

Somente com a compreensão total das origens deste direito poderá haver sua efetiva realização social. O direito do consumidor, atualmente reconhecido como principal fonte reguladora das relações de consumo (as quais são vitais para a sociedade em que se vive, de cunho capitalista), é considerado um dos direitos fundamentais do homem moderno.

Os direitos fundamentais do cidadão são direitos essencialmente históricos, nascidos em uma época e contexto social específicos, os quais são definidores de todas as suas características. Por isso, demonstra ser essencial o estudo da perspectiva histórica que cerca a origem do direito do consumidor, para se compreender todas as especificidades sociais, culturais e históricas que levaram a seu surgimento, reconhecimento e posterior positivação. Entende-se que é fundamental para a realização efetiva e para a proteção de um direito o conhecimento de suas origens históricas. No estudo do direito do consumidor, não há como deixar de se analisar criticamente o contexto histórico em que o mesmo foi reconhecido. Esta é a única maneira de se compreender o fundamento histórico de legitimidade do mesmo perante os desejos da sociedade em cujo seio ele nasceu e do Estado que o positivou.

A maioria dos direitos fundamentais, inclusive o direito do consumidor, já se encontra reconhecida e positivada nos ordenamentos jurídicos dos Estados. Assim,

atualmente, a maior preocupação em relação a estes direitos é quanto à sua efetiva proteção. Protegê-los é a maneira mais segura de garanti-los, impedindo que os mesmos continuem a ser violados. Este é um problema tanto de cunho jurídico quanto político. E, no elenco dos direitos fundamentais, o direito do consumidor tem sido um dos mais importantes, discutidos, defendidos e desrespeitados neste período atual de transição social.

Não há como deixar de se reconhecer a ocorrência, nos dias de hoje, de uma crise multifacetada do denominado Estado Providência, que representa o modelo de organização estatal predominante no século XX, especialmente no período compreendido após a Segunda Guerra Mundial. Assim, torna-se importante a análise dos principais mecanismos deste modelo estatal, para se compreender as transformações ocorridas no Estado Providência que tiveram reflexo no âmbito jurídico. Face às transformações operadas na sociedade atual, procura-se refletir se ainda é possível a realização efetiva do direito do consumidor, na proteção às relações de consumo, tão essenciais ao mercado e à modernidade, assim como se há possibilidade de sua adequação aos ideais deste novo Estado que se forma.

Antes de tudo, é necessário se ressaltar a provisoriedade de qualquer afirmação a ser feita sobre o assunto, uma vez que se atravessa um período de transformações, transição social, dúvidas e incertezas, onde nenhuma conclusão pode ter caráter definitivo.

A globalização econômica representa uma das principais causas dessa crise atual. Há uma crescente perda de autonomia por parte dos Estados, devido ao surgimento de uma grande interdependência entre os mesmos, a qual tem influído cada vez mais na definição das políticas públicas internas de cada Estado nacional. Fenômenos como a internacionalização dos Estados, a desterritorialização e a descentralização da produção, a flexibilização das legislações, a universalização dos direitos são cada vez mais frequentes.

Os princípios da solidariedade e da comunidade (onde o direito do consumidor encontra um de seus principais fundamentos), característicos do Estado Providência, perdem força para o princípio do mercado, proporcionando assim a retomada das

idéias liberais de não intervenção do Estado nas relações sociais, deixando-as sob as regras do mercado. Devido a isso, atualmente as forças econômicas sobrepõem-se sobre as forças políticas. No âmbito jurídico, o Estado perde o monopólio da elaboração e da aplicação de regras.

Dentro desse contexto de predominância das forças do mercado e dos proprietários dos meios de produção, e uma vez que a ideologia cultural do consumismo tende a ser cada vez mais incentivada no seio social (exatamente pelo predomínio, no sistema capitalista atual, do princípio do mercado), a tutela do direito do consumidor não pode ser deixada de lado. Os consumidores, parte hipossuficiente nas relações de consumo, não podem ficar a mercê da força e dos interesses daqueles que detêm o poder econômico e os meios de produção e que podem, desse modo, manipular e dissimular situações, de modo a prejudicar o lado mais fraco da relação de consumo.

Desse modo, conclui-se que a proteção aos direitos fundamentais do ser humano continua sendo função essencial do Estado, em decorrência do próprio princípio democrático. Proteção esta que deve ocorrer tanto à nível interno de cada Estado (através das leis e da Constituição) quanto à nível internacional (através de tratados, convenções, etc.).

Como na maioria dos Estados os direitos fundamentais já se encontram positivados, a maior preocupação atual está em se colocar a teoria em prática na sociedade, promovendo-se meios e instrumentos para sua efetiva realização. Conclui-se, portanto, que não basta o Estado estabelecer um elenco de valores, assegurando-lhes as devidas garantias jurídicas e estabelecendo um controle difuso da observância desses direitos fundamentais pelos tribunais singulares. Como os direitos humanos/fundamentais (entre eles o direito do consumidor) têm consistido em uma fonte de legitimidade formal, mas não de poder substantivo, é necessário se desenvolver novas formas de participação política por parte dos cidadãos e de diferenciação das lutas democráticas. A universalização e a efetivação dos direitos fundamentais vivem hoje uma situação paradoxal, pois quanto mais estes direitos são afirmados pelas leis (nacionais e internacionais), mais são negados na prática social.

Uma vez que se caracterizam pela reivindicação do que ainda não foi estabelecido na prática, apontando, muitas vezes, para um "horizonte de sentido", os direitos fundamentais (entre eles o direito do consumidor) abrem-se para o século XXI como uma simples interrogação, mas ainda não como uma certeza quanto à sua efetivação social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Os Direitos dos Consumidores*. Coimbra: Livraria Almedina, 1982, 360 p.

ALMEIDA, Fernando Barcellos de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996, 212 p.

ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre Modernidade e Globalização: Lições de Filosofia do Direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. *Direito e Século XXI: Conflito e Ordem na Onda Neoliberal Pós – Moderna*. Rio de Janeiro: LUAM, 1997.

_____ e RAMOS, Alexandre Luiz (Orgs.) *Globalização, Neoliberalismo e o Mundo do Trabalho*. Curitiba: IBEJ Editora, 1998.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do Consumidor – Código de Defesa do Consumidor*. 3ª ed., São Paulo: Forense Universitária, 1991, 157 p.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, 217 p.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1980, 240 p.

_____. *Teoria do Estado*. 3ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 1995.

CARNOY, Martin. *Estado e Teoria Política*. Campinas: Editora Papyrus, 1998.

CHÂTELET, François e PISIER – KOUCHNER, Évelyne. *As Concepções Políticas do Século XX*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, s/d.

CHAUÍ, Marilena de Souza. *O que é Ideologia?* 22ª ed., São Paulo: Editora Brasiliense, 1986, 126 p.

FARIA, José Eduardo (Org.) *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros Editores, 1994, 155 p.

_____. (Org.) *Direito e Globalização Econômica: Implicações e Perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000.

FERRAZ, Augusto Mello de Camargo. *Interesse Público, Interesse Difuso e Defesa do Consumidor*. In: Revista Justitia, nº 137, São Paulo, 1987.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora Atlas, 1991, 400 p.

GOYARD – FABRE, Simone. *Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno*. Tradução de Irene A. Paternot, São Paulo: Martins Fontes, 1999, 526 p.

HESPANHA, António Manuel. *O Debate acerca do “Estado Moderno”*. Disponível em: <www.members.xoom.com/am_hespanha> Acesso em: 04 de junho de 2001.

HOBSBAWM, Eric. *Era dos Extremos: o Breve Século XX (1914 – 1991)*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: Conceito e Legitimação para Agir*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, 246 p.

_____. *Manual do Consumidor em Juízo*. 2ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1998, 168 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1996, 167 p.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Interesses Coletivos e Difusos*. In: Revista Justitia, São Paulo, nº 54 (157), janeiro/março de 1992, p. 41-54.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, 247 p.

MOREIRA, Vital. *A Ordem Jurídica do Capitalismo*. 4ª ed., Lisboa: Editora Caminho, s/d.

OLIVEIRA, Francisco e PAOLI, Maria Célia (Orgs.) *Os Sentidos da Democracia: Políticas do Dissenso e Hegemonia Global*. Petrópolis: Vozes/Fapesp/Nedic, 1999.

REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1984.

ROSANVALLON, Pierre. *A Crise do Estado Providência*. Goiânia: Editora UFG/Editora UNB, 1997.

SADER, Emir e GENTILI, Pablo (Orgs.) *Pós – Neoliberalismo*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o Social e o Político na Pós - Modernidade*. 4ª ed., São Paulo: Cortez Editora, 1997, 348 p.

_____. *La Globalización del Derecho: los Nuevos Caminos de la Regulación y la Emancipación*. Bogotá: Universidad Nacional de Colômbia/ILSA, 1998.

_____. *A Crítica da Razão Indolente – Contra o Desperdício da Experiência*. São Paulo: Cortez Editora, 2000, 415 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998, 386 p.

TODOROV, Tzvetan. *Ascensão do Homem Público*. Tradução de Clara Allain, In: Caderno Mais!, do periódico Folha de São Paulo, dia 18 de março de 2001, p. 05-10.